RECITACIONES

DEL

DERECHO CIVIL DE ESPAÑA

SEGUNDA PARTE DE LA OBRA

HISTORIA DE LA LEGISLACIÓN

POR LOS ABOGADOS

AMALIO MARICHALAR, MARQUÉS DE MONTESA

Y

CAYETANO MANRIQUE

TOMO I

MADRID

IMP. DE LA SUC. DE M. MINUESA DE LOS RÍOS

Miguel Servet, 13. — Teléfono 651.

1915

NOTA PRELIMINAR

I

En el año 1876 se imprimió el tomo IX, y último, de la *Historia de la Legislación*, de Marichalar y Manrique. En el de 1915 se da a luz el primero de *Recitaciones del derecho civil de España*, de aquellos mismos autores.

Período de treinta y nueve años abarca el transcurrido entre una y otra publicación, siendo la explicación de tan largo paréntesis el fundamento o contenido de estas páginas preliminares.

Concluída y ordenada dejó mi padre, al fallecer, en 1877, la segunda parte de tan monumental obra, que principalmente redactó, según entendí de mozo, así como Manrique compuso con preferencia la relativa a la Historia, en la distribución que ambos colaboradores se hicieron del trabajo, dentro de la unidad de miras y de acción personal que presidió a la ejecución del común pensamiento.

Los años de mi niñez y tutela transcurrieron sin que apenas conociera la existencia del voluminoso manuscrito ni en él me interesara. En ese primer período de la vida, cuando no aguijonea la necesidad, se estudia o, mejor, se aprueban cursos por obligación,

sin que la inteligencia se imponga el menor freno para guiarse por reflexiones que pugnan con la versatilidad propia de la edad.

Hasta alcanzar la mayoría, no es corriente que nos apercibamos de las exigencias de la vida, que entonces se nos muestran, bien por vernos compelidos a proveer al sustento propio, bien por comprensión de los deberes que aquélla impone a quien, por haber heredado el puesto que ocupa, habrá de dictarse algún cometido social que del mismo le haga digno.

Y a las veces acontece que solemos excedernos de la medida, yendo a caer en el extremo opuesto al de vagancia e indiferencia del adolescente. Es el riesgo inminente del primer período de aplicación de nuestras actividades, o de desarrollo de nuestros estudios, el tropiezo en el escollo de la pedantería. Creemos saberlo todo, sin que haya problema o enigma que se nos resista, y miramos con aire displicente o protector a cuanto contradiga o se aparte de nuestra audacia, que llamamos científica, por ante nuestra propia y exclusiva autoridad.

No me hallaba yo lejos de un estado de ánimo parecido al descrito, cuando repasaba, en el confín de los dos siglos, que a la vez lo era en mí de la juventud a la madurez, el manuscrito de mi padre. Compuesto antes de la promulgación del Código civil, se me figuraba que había perdido la oportunidad y el interés de una obra de derecho positivo, y como tal, de compulsa diaria ante los Tribunales. Dictado, en efecto, un Código, parecía lógico que a su comentario se refirieran los estudios que con posterioridad se redactaran, siendo de rigor concordar con el nuevo instrumento del derecho privado la glosa que acerca del antiguo poseía inédita en depósito filial.

Al propio tiempo, sometidas a verdadera evolución

las instituciones jurídico-sociales fundamentales, parecíame obligado recoger esos nuevos aspectos del derecho, completando el texto filosófico de mi padre con la explicación y crítica de los cambios que en las ideas y en las legislaciones se iban operando, o, cuando menos, previendo, como consecuencia de la ruptura de vínculos antiguos, en ciertos casos, y de imposición, en otros, de obligaciones o trabas que supediten derechos, antaño absolutos, a deberes nacidos del roce o convivencia de iniciativas hogaño desenvueltas.

Mas presto hube de convencerme de la magnitud de mi insensatez al tratar de acometer tamaña empresa.

Si en la adaptación al Código civil me fijaba, pronto echaba de ver que no me había de ser dado realizar, como mediano discípulo, trabajo reservado a maestros renombrados. No podía pretender repetir el de D. Salvador Salom, revisando y arreglando, en 1889, las *Lecciones*, de Viso, a la legislación vigente. Tampoco acometer un estudio de conjunto filosófico-positivo. ¿Iba a partir del *Ensayo crítico*, de Martínez Marina; de las *Ilustraciones*, de Sala, sobre el Derecho real de España, o de su *Digesto romano-español;* de los *Elementos*, de La Serna y Montalbán; del *Diccionario razonado*, de Escriche; de los *Estudios fundamentales*, de D. Benito Gutiérrez; de las *Concordancias*, de García Goyena; de la oración inaugural del curso, en 1852, en la Universidad de Barcelona, por D. Francisco Permanyer, acerca de «El derecho civil ante las nuevas escuelas político-sociales»; del proyecto de Código de 1851, que D. Francisco de Cárdenas nos diera en el tomo X de *El derecho moderno*, valiéndome para ello de los ejemplares de todos los libros citados que, anotados por mi padre marginalmente, poseo, o, en fin, y a modo de últimos antecedentes, del de 1882, de Alonso Martínez, y de las bases de 1885, de Silvela? Todos los ensayos de codi-

ficación, que Falcón reseña en el capítulo III de su *Curso de Historia*, tenían que llamar a la humildad al más osado, y a mí mejor me cuadrara el nombre de inconsciente. ¡Escribir acerca del Código civil quien aprendió a conocer toda su inmensidad estudiando, con D. Augusto Comas, su *Proyecto*, presentado como enmienda en el Senado, y que es índice o recapitulación de la materia, a la par que testimonio fehaciente del saber de tan venerado civilista, avalorado, si cabe, en su impresión, por el prólogo de otra autoridad acatada de todos: la de Pérez Pujol!

Y ¿qué decir del complemento obligado de todo análisis de derecho vigente, o sea la legislación foral? Precisamente se publicó en 1888 por la «Biblioteca judicial» una compilación de toda ella: la de Vizcaya, precedida de instructiva Memoria de D. Manuel Lecanda; la de Navarra, prologada por el Marqués del Vadillo; la de Mallorca, por D. Antonio Maura; la de Cataluña, por D. Miguel Castells; la de Aragón, por D. Joaquín Gil Berges; la de Galicia, acompañada de la doctrinal exposición, hecha por el Sr. Montero Ríos, de su proyecto de redención de censos, de 1886. Estudio seductor el de preparación de los Cuadernos o Apéndices forales que el Código determina, pero tarea inasequible a quien carezca de sólida preparación jurídica.

Cataluña, como de costumbre, vive adelantada en cuanto concierne a su propia estructura o personalidad, y desde 1896 cuenta, impreso por la Academia de Derecho, de Barcelona, con un *Proyecto de Apéndice del Código civil para Cataluña*. Su exposición de motivos es luminosa; su articulado, completo y refundido. ¡Lástima que la falta de actividad puesta en el cumplimiento de lo que el Código preceptuara impida discutir ese laudable esfuerzo y promover otros análogos en las demás regiones forales!

II

Ahora bien: ¿cabría que, reconociendo la imposibilidad de abarcar en su fundamento y esencia ese examen del monumento nacional que recoge y ampara las normas de nuestras relaciones particulares en la vida social, expusiéramos, al menos, algún liviano cotejo entre sus innovaciones y los antiguos principios en que se inspiraran las instituciones a que se refieren? En 1889 nos informaba el Sr. Lastres, en publicación vulgarizadora, acerca de aquellas alteraciones. Las hay, según tan reputado jurista, en la personalidad, en el matrimonio, en la paternidad, en la filiación; se injerta no poco exótico en la tutela y en el consejo de familia; se robustece la autoridad de la madre en la patria potestad; se altera poco en el título de los bienes; se cometen deficiencias en orden a la ocupación y las donaciones. En cambio, se introducen formas originales en los testamentos y modificaciones esenciales en la sucesión intestada, «así por el grado que ganan los hijos naturales y sus parientes, como por el lugar que ocupa el cónyuge, y por terminar la sucesión colateral en el sexto grado, que antes se prolongaba hasta el décimo»; se sancionan reformas muy graves en las herencias y legítimas, totalmente contrarias a los principios de libertad que tonifican al derecho foral, y al que evolutivamente elabora hoy la ciencia social. Por último, en orden a las obligaciones y contratos, «en medio de sensibles omisiones», se mantiene, en general, el derecho existente a la hora de la promulgación, con algunas novedades salientes, de entre las cuales destacan los contratos sobre bienes con ocasión del matrimonio y el régimen de gananciales, algo en la compraventa, no poco en el de

arrendamiento, *et sic de cœteris*. Esta sola enunciación de los temas jurídicos que en cada epígrafe se contienen, invitando a comparaciones y comentos, evidencia la seriedad doctrinal que su análisis reclama, que habrá de integrarse de dos factores: competencia en el jurisperito, y profundidad científica en la crítica investigadora que haga de tan esenciales materias.

Y a fe que no dejan nada que desear los emprendidos, desde que el Código entró en vigor, por la pléyade de comentaristas que los Manresa y Sánchez Román encabezan. Lugar preferente se ha labrado el *Mucius Scœvola*, siendo de desear que se acabe la obra, empezada en 1893 e interrumpida hoy en el tomo XXIII, que llega hasta las lindes del contrato de arrendamiento. De fundamental cabe calificar esta publicación, y muy pronto la pátina del uso general y del manejo constante de sus tomos la conquistará el dictado de clásica. A ella se une, completándola, la jurisprudencia que el Supremo Tribunal de Justicia va estableciendo «para aclarar y resolver las dudas a que ha dado lugar la interpretación del citado cuerpo legal, en los distintos casos que en la práctica se han presentado». Plácemes merece el anónimo recopilador de quien tomo las anteriores palabras, que, con las iniciales V. H. M., viene, desde 1894, ordenándola en forma asaz útil para el civilista, no menos que para el letrado profesional.

No podrá extrañarnos encontrar pocos estudios especiales provocados por el Código en orden a las cosas y las acciones, en que nada ha modificado. Bien merecen ser citados, no obstante, dos discursos académicos, distanciados en fecha, pero acordes en materia, y ambos pronunciados desde el sillón presidencial de la Academia de Jurisprudencia: el de D. Antonio Maura, en la inauguración del curso de 1900, acerca del «Concepto de frutos, rentas o intereses en el dere-

cho civil», y el de D. Faustino Rodríguez San Pedro, en ocasión análoga, el año 1911, disertando sobre «El concepto de la responsabilidad jurídica, y su determinación legal en los casos de daños y perjuicios». En cambio, es copiosa la bibliografía motivada por aquellos puntos que han venido a alterar la índole jurídica de ciertos basamentos seculares. Es de los primeros en importancia, más por la doctrina que por la transformación que, con ocasión del Código, haya podido sufrir, el *Estudio de las causas que determinan, modifican y extinguen la capacidad civil*, impreso por D. Mariano Aramburo en 1894. En materia de capacidad, ocupa sitial de honor el discurso sobre «La propiedad de personas jurídicas. Amortización. Vinculación», de Maura, en la Academia de Jurisprudencia, en el curso de 1897 a 98. Por su análisis del pasado, por su exposición de la actual legislación, por su mirada escudriñadora sobre el porvenir, trata de materia tan importante en forma jurídico-social tan fundamental, que es el que cito, con el de Silvela, un discurso que en fecha, tal vez hoy lejana, se buscará como fuente inspiradora de rumbos que al presente no vislumbramos lo suficientemente diáfanos (1).

---

(1) Maura cita en nota el discurso de ingreso de Silvela (don Francisco) en la Academia de Ciencias Morales y Políticas (junio de 1887), que versó acerca de los «Principios capitales a que deben ajustarse, en nuestra codificación civil, la vida y modo de ser de las personas morales». Consúltese en el tomo V (1894) de *Discursos de recepción y de contestación* leídos ante dicha respetable Corporación (páginas 75 a 144). Ni una línea huelga, ni una sola idea deja de enlazarse vigorosamente con la que le antecede o sigue. De él sólo puede decirse que es la consagración más convincente de la existencia natural de las personas morales o jurídicas, que yo, recordando a mi maestro Comas, llamaría más propiamente colectivas, pues que también las individuales gozan del carácter

Pero, sobre todo, han puesto en tortura a los estudiosos las sucesiones, a las que consagró, en 1898, dos tomos D. Rafael Ramos; las mejoras, los derechos del cónyuge viudo y los bienes reservables, que han motivado sendos estudios de los Sres. Morrell (D. José), en 1894; D. Antonio Valverde, en 1897, y D. Cristóbal Lozano, en 1899, no pudiendo faltar, según es de suponer, alguno expreso respecto del testamento ológrafo, que D. Gabriel R. España vulgarizó en un bien razonado tratado práctico, ni el correspondiente de particiones de herencia, con sujeción a los nuevos cánones, que el notario D. Valerio Villalobos acertó a redactar, desde 1893, en forma de aplicación usual muy recomendable (1).

La consecuencia única que habrá que deducir de lo expuesto es que ya se ha dicho mucho, acaso lo bastante, respecto del Código civil, y que, en el supuesto de que aun falte poner alguna apostilla, no es pluma indocta, cual la mía, aquella a quien esté reservada función docente tan excelsa.

---

de jurídicas y de morales. La contestación del Sr. Perier es muy merecedora de lectura.

Véase también en el tomo VII de *Memorias* de la citada Academia, 1893 (páginas 493 a 511), la discusión sostenida, en sesiones de febrero a junio de 1891, acerca de la capacidad civil que establecen para las personas jurídicas los artículos 35 y 37 del Código civil. Su conocimiento es obligado para cualquiera especialización en la materia.

(1) Conozco además, como libros que en alguna medida comentan nuestro Código, los siguientes:

Génesis histórica del art. 737 del Código civil español, por Carlos Lessona. — Madrid: *Revista de Legislación,* 1896.

Puede verse, del mismo autor, *Los deberes sociales del derecho procesal civil,* traducido y anotado por D. Delfín Fuentes. — Madrid, *Revista de Legislación,* 1898.

Usufructo viudal, por D. Antonio L. Valverde. — Habana, 1894.

Estudio del sistema transitorio planteado por el Código civil español, por D. Felipe Campos de los Reyes. — Granada, 1894.

III

Mas no ya al pasado ni al presente, sino al futuro, es adonde hay que tender la vista para poder calcular la extensión e índole de las transformaciones que está llamado a sufrir el derecho privado. Así lo comprenden los partidarios o admiradores más sinceros de las prístinas fuentes siempre vivas (1).

En 30 de octubre de 1904 se celebraba en París solemne sesión, en el gran anfiteatro de la Sorbona, para conmemorar el centenario del Código civil promulgado por Napoleón. El Ministro de Justicia, el Presidente del Tribunal Supremo (Cour de Cassation), el Decano de la Facultad de París y el del Colegio de Abogados *(Batonnnier)*, pronunciaron sendos discursos. En todos palpita idéntico sentimiento.

Así, M. Vallé, comenzando por recordar palabras de la Comisión del año VIII, a saber: «Que los Códigos de los pueblos se hacen con el tiempo, pero que, hablando propiamente, no se hacen por nadie», nos refería, en excursión histórica imparcial, que la Revolución había concluído con los abusos y egoísmos, en un gran flujo de igualdad. Quedó realizada la unidad, tan ambicionada por la Monarquía, y «el aspecto de la familia, la forma de la propiedad, todo se modifica». Tras de gestaciones difíciles, se confeccionó, en 1804, el Código «que dió al mundo la impresión de la conclu-

(1) Habré de referirme muy preferentemente al libro publicado por la «Société d'Études Législatives», y titulado *Le Code civil, 1804-1904, Livre du Centenaire*. — Paris: Rousseau, 1904. Dos tomos que contienen el pensamiento moderno en orden al derecho civil.

sión legal de la Revolución francesa». Su triunfo es innegable; su imperio, por infiltración en todas las legislaciones, universal. Bluntschli hizo notar este hecho llamándole «glorificación del Código civil francés», por su ingerencia en Bélgica, provincias renanas, Badén, Polonia..... «Los vencidos, cosa curiosa, guardaron las leyes francesas como un gran beneficio.» De su influencia sobre las españolas sería ocioso añadir nada.

Pero ese Código, del que recuerdo que ha dicho alguien que «parece hecho para un hombre nacido expósito y muerto en el celibato», y otro autor, que «sólo dejó un gigante, el Estado, rodeado de millones de enanos, los individuos», no pudo, a juicio de M. Vallé, preverlo todo, «siendo inútil negar que necesita reforma, toda vez que el Parlamento lo viene modificando a diario». Lerminier nos enseñó en su tiempo que, publicada la ley, la ciencia principia, ciencia, añadiré, que es doble: una, de comprensión, de comento, de aplicación del texto escrito; otra, de retoque, de mejora, de adaptación a necesidades nuevas y de asimilación de las normas que vayan regulándolas en su ejercicio.

«Cuanto más se amplía el dominio intelectual de la Humanidad y se diversifican, por el desarrollo de la industria y de la ciencia, las formas de producción y la de propiedad, imponiendo la ascensión política del proletariado el reconocimiento por la sociedad de derechos nuevos y contratos antes ignorados, menos cabe pretender encerrar en un Código la potencia motriz de la vida.» «Si la riqueza, antaño incorporada a la tierra, ha tomado la movilidad de las combinaciones del espíritu; si las relaciones sin cesar más fáciles de los hombres y de las naciones entre sí han hecho comprender a todos la necesidad de la confianza y del crédito; si los riesgos creados por las máquinas, si la libertad de pensar que se disemina o la de acción que nace, si la fuerza

obrera que crece, démandan la extensión de nuestras leyes, el Código de 1804 puede todavía contener estos progresos dentro de su marco.» La condición será que se realicen con prudencia, para que de este modo pueda apresurarse, sin sobresaltos ni violencias, la marcha de la justicia. «Así seremos, concluye M. Vallé, los herederos legítimos de los autores del Código civil y los continuadores de su obra, porque si en 1804 había que resumir el derecho, en 1904 es preciso ensancharlo.»

De hoy son las palabras de los Portalis, Tronchet, Bigot-Préameneu y Maleville, en el discurso preliminar de 1804:

«Un Código, por completo que parezca, ve surgir, incluso antes de concluirse, mil cuestiones imprevistas que se plantean al magistrado. Ello se debe a que las leyes, una vez redactadas, permanecen tal como han sido escritas; los hombres, por el contrario, no descansan nunca, se mueven sin cesar, y este movimiento, que no se detiene jamás, y cuyos efectos se modifican de modo diverso, según las circunstancias, produce, a cada instante, alguna combinación, algún hecho, algún resultado nuevo. Al magistrado y al jurisconsulto, penetrados del espíritu general de las leyes, corresponde dirigir su aplicación.»

Código verdaderamente burgués se dice ser el de Napoleón. Código social habrá que apellidar al que las transformaciones de los tiempos vienen moldeando. Aquél, redactado—nos dice el Decano, M. Glasson—por hombres pertenecientes todos al tercer estado, se vió imbuído de un espíritu opuesto al de las «costumbres oficiales» del siglo XVI, basadas en la diversidad dentro del derecho privado, como obra de los tres Estados medioevales que encarnïzadamente mantenían sus privilegios respectivos. El Código organizó la familia y la propiedad sobre la doble base de la igualdad y de la liber-

tad, sin distinción de nobleza o de categorías. Pero el análisis del mismo ha llevado a las escuelas a diferenciarse entre sí y a desmenuzar a aquél; de donde resulta que si la escuela exegética, respetando escrupulosamente la ley, se eleva por encima de su texto, por el estudio de la Filosofía y de la Historia, la escuela sintética rompe el orden seguido por el Código civil, para hacer entrar sus disposiciones en divisiones más lógicas y de un carácter más científico, con estilo lleno de gran austeridad, como cuadra a ciencia tan severa cual la del Derecho, consagrando a la jurisprudencia lugar preeminente, separando las soluciones de las controversias y apoyándose en un sólido conocimiento del derecho romano. Su éxito se acrecienta por días, y ella ha abierto la vía por donde ha penetrado recientemente la enseñanza del derecho, engendrando la tercera escuela, que apenas comienza a ser conocida. «Más ardida e independiente que sus antecesoras, atribuye a los jurisconsultos función más alta y poderosa que la de mero intérprete, queriendo que el derecho contraiga estrechas alianzas, no sólo con la Historia y la Filosofía, mas con todas las ciencias sociales. Nada escapa a sus investigaciones: ni las legislaciones extranjeras, ni las cuestiones de orden económico o político; en una palabra, quiere hacer del derecho una ciencia de observación. El Código civil no desaparece en este vasto conjunto de conocimientos que se imponen a los jurisconsultos; se continúa reservándole sitio preeminente, pero no único. El tiempo ha marchado, y necesidades nuevas han surgido, a las que hay que dar satisfacción.»

Sintetizando, podemos decir, con el Decano M. Bourdillon, que las personas, la familia, la propiedad, el trabajo, han llamado simultáneamente la atención de los legisladores modernos y provocado reformas y retoques que será bien que analicemos. Los tratados teó-

rico-prácticos fundamentales parecen no apercibirse de las mutaciones de los tiempos, causando maravilla leer en publicaciones de 27 volúmenes, como la de Baudry-Lacantinerie, por ejemplo, que no les corresponde reproducir ni apreciar los ataques que puedan dirigirse contra la propiedad individual, ni exponer las teorías según las cuales la propiedad debe completar su evolución, volviendo, bajo otras formas, hacia el comunismo primitivo. Esta es una tesis que pertenece a dominio distinto del peculiar del derecho civil, y a los economistas incumbe el cuidado de hacer resaltar el argumento capital que permite todavía, en el estado actual de las sociedades, legitimar la propiedad individual y demostrar su valor económico, su superioridad, en orden a la producción de las riquezas. *El Código reglamenta la propiedad individual, y sólo nos cumple estudiar este derecho* (1).

IV

Pero el *derecho*, según nos hace notar Carle (2), «es el vínculo que, interponiéndose entre los hombres y la sociedad, tiene por especial oficio dar a todo elemento de la vida social la parte que le sea debida y contener en sus justos límites a cada individuo, elemento o grupo de que la sociedad se compone». Luego la «acción y reacción entre la vida individual y la social» modifica y condiciona la vida del derecho en el interior de una y otra, siendo preciso inquirir las leyes, como los estímulos que gobiernan a la segunda, para asentar

(1) *Des biens*, pág. 149, 1896. Subrayo yo.
(2) Giuseppe Carle, *La vida del derecho,* traducción española, tomo I, Introducción.

sólidamente los módulos que a la primera den proporción y medida.

De aquí la trabazón estrecha de la Filosofía del derecho con cada una de las ramas en que éste se disgrega o subdivide en la esfera de las acciones humanas (1).

Habrá de puntualizarse, en consecuencia, «el elemento inmutable, constante, universal, representado por la idea de lo justo, y el particular, mudable y caduco, representado por los hechos contingentes y transitorios a los cuales el derecho debe ser aplicado». Y si aquella Filosofía provee a buscar, por necesidad, el primer factor, evidente es que su sello marcará rasgo intenso en el segundo, que sólo podrá ser explicado por los *orígenes* a que deba la existencia y por los *principios de razón* en que los *hechos* se vacíen. Por esto, con Carle, puede afirmarse que «las investigaciones, libres y sin prejuicios, acerca de las instituciones primitivas de la sociedad, lejos de conmover las eternas convicciones del género humano, logran, al fin, confirmarlas científicamente», siendo indispensable examinar su paso al través de los siglos y la influencia que en cada uno han ejercido pensadores, moralistas, gobernantes y pueblos, pasando del individuo a la sociedad y de aquí al Estado, cuyo concepto o idea es, en cada momento histórico, la base y premisa de la acción colectiva ejercida por cada componente social de los que a aquél integran.

Ello obliga a indagar, con ocasión del concepto del derecho, el del Estado, y a seguir también, por épocas y por naciones, su iniciación, su desenvolvimiento, su naturaleza y su estructura.

El estudio, con José Fabre, de *La pensée antique*, *La pensée chrétienne*, *La pensée moderne* y *Les pères de*

(1) A. Boistel, *Le Code civil et la philosophie du droit. Livre du Centenaire*, tomo I, pág. 47 a 70.

la Révolution, nos coloca ante la evolución del pensamiento humano. La excursión por la *Historia de la Filosofía del Derecho*, acompañados, por ejemplo, de guía tan experto como Stahl, nos ilustra acerca de sus postulados, a la vez que descubre su huella sobre los impulsos de cada manifestación nacional. El análisis de *L'idée de l'État*, con el fino escalpelo de Henry Michel, al hacer la disección de los principios y de las escuelas que se han sucedido desde la Revolución acá, nos capacita para comprender lo que la «Historia enseña de la idea del Estado», los «elementos de solución que aquélla nos proporciona», la «elección a hacer entre las dos hipótesis, la de libertad y la de necesidad» y «la expansión de la idea de justicia», que Michel sintetiza en una «alta doctrina, pacífica, liberal y progresiva: el individualismo verdaderamente digno de este nombre». Doctrina que no es original, pero que, renovada en una parte, completada en otra, «es la única capaz de procurar a tantas buenas voluntades dolorosamente vacilantes y sinceramente turbadas la luz y la paz».

Con tal preparación podremos elevarnos de aquella idea a su transformación, observándola en libros cual el de Duguit, en la edición española, que contiene un notable estudio preliminar de D. Adolfo Posada acerca de la nueva orientación del derecho político. En las conclusiones de Duguit se ve la confirmación de mi aserto referente al engranaje del derecho público con el privado (1).

---

(1) «El régimen político, que tiende a suceder al régimen fundado sobre la idea falsa, peligrosa, de la soberanía y de la personalidad del Estado, se elabora en el sentido siguiente: en la cima, los gobernantes que representan la mayoría efectiva de los individuos que componen el grupo social: nada, en ellos, de un derecho

A la corporación adjudica el Gobierno, bien en forma sindicalista, como organización de los gobernados,

---

de poder público, sino el deber de emplear la mayor fuerza en la realización del derecho, en el más amplio sentido, reduciéndose su acción, para el desarrollo de las actividades técnicas, a una función de inspección e intervención.

»En la sociedad, los grupos sindicalistas fuertemente integrados, federados por profesiones y con una representación política que asegure una gran limitación al poder de los gobernantes; las luchas de clases extinguidas, o, cuando menos, apagadas, merced al establecimiento convencional de reglamentos que determinen las relaciones de las clases entre sí, e inspiradas por una conciencia de su interdependencia; los servicios públicos ejecutados y dirigidos por corporaciones de funcionarios, responsables de sus faltas con los particulares, y colocados bajo la intervención y la vigilancia de los gobernantes.

»Al propio tiempo se produce otra transformación, consecuencia de la eliminación de un derecho subjetivo, del cual se ha hecho como la síntesis de los derechos individuales: el derecho de propiedad, transformación que merecería un estudio largo y profundo.

»No creo que la apropiación individual, ni aun siquiera la de los capitales, deba desaparecer durante largo tiempo. Pero no ofrece duda que la concepción de la propiedad derecho subjetivo desaparece para dejar su lugar a la concepción de la propiedad función social. El tenedor de una riqueza no tiene derecho sobre ella; es la suya una situación de hecho, que le une a una función social dada, y su apropiación está protegida en la medida, y sólo en la medida, en que desempeñe dicha función social.

»Augusto Comte, a quien he citado ya varias veces, ha percibido también muy bien esta transformación de la propiedad. En efecto, decía: «En todo estado normal de la Humanidad, cada ciudadano, cualquiera que sea, constituye realmente un funcionario público, cuyas atribuciones, más o menos definidas, determinan a la vez tanto sus obligaciones como sus pretensiones. Ese principio universal debe ciertamente extenderse hasta la propiedad, en la cual el positivismo ve, sobre todo, una indispensable función social, destinada a formar y administrar los capitales merced a los cuales cada generación prepara los trabajos de la siguiente.»

»Sabiamente concebida, esta apreciación normal ennoblece su

bien en la de funcionarios, como núcleos de acción de los administradores. A la propiedad, asiento de todo derecho individual, la constituye en biela que convierta en positivo el movimiento social. Mucho habría que objetar a esta evolución que Duguit cree percibir, pero me basta en el instante con notar que su base habrá de ser la creación de «una estructura jurídica definida». Así lo piensa el propio autor, al titular su libro en francés *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'État* (1), fusionando esos tres conceptos de acción personal varia en una fórmula de vida que los armonice, desenvolviendo en otro libro, que luego citaré, el aspecto social del derecho privado, como derivación obligada del criterio sustentado, y que antes recojo.

---

posesión, sin restringir su justa libertad, y antes bien, haciéndola más respetada» (*).

Esta función social, que consiste «en formar y en administrar los capitales merced a los cuales cada generación prepara los trabajos de la siguiente», la escuela colectivista quiere entregarla al Estado, y por tal modo viene a continuar la tradición romana, regalista, jacobina y napoleónica (**).

Por todo lo que precede, se ve que esta escuela va contra los hechos, puesto que su sistema implica el sostenimiento del Estado personal y soberano; ahora bien: este Estado ha muerto o está a punto de morir. Felizmente; porque si la doctrina colectivista triunfase, entrañaría esto para el Estado un poder monstruoso, más formidable aún que el del Estado que viene de la Revolución: sería la destrucción del individuo y la vuelta a la barbarie.

Y no es ésa, ciertamente, dígase lo que se quiera, la dirección hacia la cual se orientan nuestras sociedades modernas, sino más bien van éstas en el sentido del sindicalismo económico y *funcionarista,* cuyas líneas generales he procurado trazar.

(1) París, Alcan, 1908. Publicado en la «Bibliothèque de Philosophie moderne».

(*) Augusto Comte, *Système de politique positive* (edición 1892), pág. 156.
(**) Cons. Dazet, *Lois collectivistes pour l'an 19.....* (1907); E. Buisson, *Le parti socialiste et les Syndicats ouvriers* (1907); G. Renard, *Le socialisme à l'œuvre* (1907).

V

Mas no es igualmente llano discurrir acerca de tanta complejidad como la que presenta la sociedad en sus múltiples actuaciones. Caminamos todos tras del descubrimiento del derecho, y, al estudiar su vida, nos sale al paso la impotencia de las leyes para modelarla al antojo del deseo, de la conveniencia o, si se quiere, del ideal que cada uno concibe. La conclusión de Jean Cruet (1) nos lo patentiza: «El derecho no domina a la sociedad, sino que la expresa.»

Pero ¿cuál es el contenido real, la sustancia inmanente que a la sociedad vivifica y perpetúa con trazos propios? La prueba de esa permanencia en el tipo, como de la continuidad en sus necesidades de orden espiritual, nos la proporciona la eterna crisis moral planteada a la Humanidad, que se traduce por su equivalente científica, producida por la resistencia del orgullo humano a reconocer freno o ley que lo supedite a eternos principios de verdad y de bien. Se querrán conciliar los anhelos contradictorios, como Lagorgette, en *Le fondement du Droit et de la Morale* (2), estableciendo un ideal humano que, en lugar de un Absoluto estéril, proponga una conducta apropiada al tiempo y al medio ambiente, mas corregida de lo que de estrecho y mezquino tiene todo cálculo, por sentimientos altruístas que no constituyen la negación de aquél y que no son menos reales. Pero no debe ser bastante esa cimenta-

---

(1) *La vie du droit et l'impuissance des lois.* — Paris, Flammarion, 1908.

(2) Paris, Giard, 1907.

ción buscada al derecho cuando, un año más tarde (1), vemos cuartearse muros tan penosamente levantados. Abierto de antiguo, y para mucho tiempo, el debate entre los que niegan al derecho todo carácter ideal, viendo tan sólo en él la expresión de ciertas relaciones económicas, o, si se quiere, leyes naturales, y los que lo consideran como un postulado inmutable, una regla inflexible cuyos efectos la moral atenúa, pero que es impotente para modificar, el examen del pensamiento humano por el órgano de sus más ilustres fomentadores y representantes, nos lleva a la conclusión de que «todos los sistemas nos colocan ante este dilema: o bien el derecho es la consecuencia de un antecedente natural o histórico, físico o metafísico, o bien es un medio para alcanzar un fin».

Ahora bien: con Ehrhardt podemos escapar al dilema, diciendo que «el derecho no reposa ni sobre raciocinios científicos ni teleológicos, no siendo tampoco la simple consecuencia de determinados hechos, que no nos cumpla más que descubrir, ni un medio para lograr fines individuales o sociales, sino que el derecho reposa sobre juicios de valor por los cuales el hombre afirma convicciones que son superiores al orden científico y al orden utilitario». De aquí deriva el renacimiento del derecho natural. Charmont (2) ensaya la demostración de las causas que ha habido para ese resurgir, a la par que considera la afirmación de aquel derecho, o más exactamente, del idealismo jurídico, como la única solución posible a la crisis de la filosofía del derecho. «Esta crisis resulta de la imposibilidad de

(1) E. Ehrhardt, *La crise actuelle de la Philosophie du droit.*—Paris, Fischbacher, 1908.

(2) J. Charmont, *La renaissance du Droit naturel.*—Paris, Masson, 1910.

justificar racional y científicamente la idea del derecho, así como del carácter de inanes que encierran todos los expedientes empíricos que arrancan a aquella noción su contenido moral.» Si esta idea no puede ser ni justificada ni suprimida, por no poder pasarnos sin ella, la contradicción se resolverá por un acto de fe, aceptándosela como una creencia, como un postulado del sentimiento, que la razón no contradice; con lo cual la idea del derecho natural se agranda, sufriendo alguna transformación que la concilia con los conceptos de evolución y de utilidad, haciéndola perder su carácter absoluto, por la cuenta que tiene de la interdependencia del individuo y de la colectividad, y que la conduce a establecer aproximaciones entre la conciencia individual y la ley, en vez de oponerlas una a otra. De donde se deduce, a juicio de Charmont, que el idealismo jurídico, lejos de debilitarse con esa transformación, se consolida y amplía.

Y no olvidemos que autoridad respetable dentro del catolicismo nos dice que el movimiento sociológico que se ha desarrollado en el siglo XIX es, en su conjunto, una vuelta a la concepción tomista de la ciencia moral (1), basada en la deducción y en la adaptación. Entendiendo que un sistema jurídico constituye algo más que una rígida construcción geométrica, se distribuirá su contenido en dos clases de disposiciones: de un lado, las reglas que, derivando lógicamente unas de otras, forman un conjunto racional. *Jus gentium* se llaman, porque se encuentran en el derecho de todos los pueblos civilizados, enuncian las condiciones esenciales de la vida colectiva, y sin acuerdo previo, pero

---

(1) Simon Deploige, *Le conflit de la Morale et de la Sociologie.*—Louvain, 1911.

bajo la presión de las mismas necesidades, se han formulado por todas partes en términos semejantes. De otro, las acomodaciones de los principios a las situaciones que el legislador se encuentra compelido a regular, y que pueden ser diferentes de una a otra sociedad. Constituyen el *Jus civile;* entiéndase bien, el derecho nacional propio de cada país. Exacta es la apreciación de Deploige al aseverar que si el tomismo se da a sí mismo como regla la de predicar a moralistas y legisladores que, en vez de seguir las sugestiones de su fantasía, se gíuen por las tendencias espontáneas del ser, inspirándose en la finalidad intrínseca de las instituciones, y proclamando al propio tiempo que hay que pesar las contingencias y plegar los preceptos morales y jurídicos a la variedad de las situaciones, será bien reconocer que, en la moral del doctor angélico, la propiedad y la familia reposan sobre cosa distinta de «un fundamento a priori —según M. Lévy Brühl —, sobre una concepción religiosa que se toma por racional». Con esto se proclama la diferencia capital que existe entre la filosofía moral de Santo Tomás y el derecho natural, cuya forma propia de los siglos XVIII y XIX provocó la reacción sociológica, diferencia que Deploige analiza (1), y que puede resumirse en el racionalismo individual y en el método deductivo del segundo, frente a la observación y al estudio a que la primera somete a la sociedad, y que la lleva a la proclamación de los fines que se inspiran en la naturaleza de las cosas, por la adaptación a las necesidades dadas, así como a las diferencias indispensables de la moral, en el espacio, y de sus legítimas variaciones en el tiempo.

La palabra infalible del Pontífice social, del gran

(1) Véase conclusión, páginas 387 y siguientes.

León XIII, lo dice en una de sus admirables Encíclicas (1).

---

(1) *Colección de Encíclicas de Su Santidad el Papa León XIII.*—Madrid, 1889. Librería de Gregorio del Amo.

ENCÍCLICA TERCERA.—*Donde se trata de la restauración, en las escuelas católicas, de la filosofía cristiana, conforme a la doctrina de Santo Tomás de Aquino.*

«Todos vemos en cuán grave peligro de ruina se encuentra la familia, y aun la misma sociedad civil, causado por la pestilencia de los errores y perversas opiniones que circulan por ella: de seguro, mayor paz y seguridad gozaran si en las Universidades y escuelas se enseñase una doctrina más saludable que la que se enseña y más conforme al magisterio de la Iglesia, tal como la que contienen las obras de Tomás de Aquino. Porque todas sus razones, tocantes a la verdadera libertad, que hoy ha degenerado en licencia, al origen divino de toda autoridad, a la naturaleza y fuerza de obligar de las leyes, al poder a un mismo tiempo justo y paternal de los sumos imperantes, a la obediencia debida a las potestades superiores, a la caridad mutua que debe reinar entre todos y a otras materias del mismo género, poseen sobre todas fuerza invencible para dar el golpe mortal a los principios del derecho nuevo, reconocidos por contrarios y peligrosos a la tranquilidad del orden y a la salud común. Todas las ciencias, finalmente, deben de concebir viva esperanza de perfección y aumento y prometerse muchos auxilios de esta restauración propuesta por Nós en orden a los estudios filosóficos. Porque de la filosofía acostumbraron las buenas artes a tomar, como de ciencia normal y moderadora de las demás, su razón y recto modo, y a sacar de ella, como de fuente común de vida, el espíritu que debe animarlas. Los hechos y una experiencia constante prueban que entonces florecieron principalmente las artes liberales, cuando se mantuvo el honor debido a la filosofía, y prevaleció la sabiduría de sus juicios; y, por el contrario, que perdieron su vigor y lozanía, y acabaron por yacer en el olvido, cuando la filosofía, torcida por el error, degeneró en necedad. Por idéntica razón, las mismas ciencias físicas, ahora tan estimadas y acrecentadas con tantos y tan ilustres descubrimientos como los que excitan en todas partes la singular admiración del ánimo, lejos de temer, con razón, que les cause detrimento alguno la filosofía de los antiguos restaurada, deberán esperar de ella muy grandes auxilios. Y, a la verdad, exige el estudio fecundo de estas ciencias y

Inspirado en tan preciosas enseñanzas, podremos

---

su legítimo progreso que no se contenten con examinar los hechos y observar la naturaleza, sino que, después de establecerlos, suban a más alta consideración, esforzándose diligentemente a conocer la esencia de los seres corpóreos e investigar las leyes que siguen en sus movimientos, de dónde proceden, el orden que guardan entre sí, y la unidad en la variedad y la semejanza que tienen, a pesar de ser diversos los unos de los otros. Es verdaderamente admirable la luz y la fuerza que estas investigaciones reciben y pueden recibir de la filosofía, en siendo ésta, por ventura, sabiamente enseñada.

Bien es advertir, acerca de esto, que hacen gravísima injuria a la filosofía escolástica los que la acusan de contraria al sucesivo progreso e incremento de las Ciencias naturales. Todo lo contrario debe decirse, porque, siguiendo las huellas de los Santos Padres, enseñaron los escolásticos a menudo, en Antropología, que la inteligencia humana sólo llegó al conocimiento de las cosas espirituales partiendo de las sensibles, comprendiendo muy bien, según esto, no haber nada más útil para el filósofo que escudriñar diligentemente los arcanos de la Naturaleza y aplicar las fuerzas de la mente con intensidad y constancia al estudio del mundo físico. Y como lo pensaron, así lo hicieron. Santo Tomás de Aquino, el B. Alberto Magno y otros escolásticos insignes, de tal manera especularon en las cosas tocantes a la filosofía, que no dejaron de emplear gran parte de su estudio en el conocimiento de las cosas naturales, tanto que no pocos dichos y sentencias suyas han confirmado los sabios modernos, confesando que están conformes con la verdad. Además de esto, muchos doctores en Ciencias físicas, que las cultivan en nuestros días con gloria singular, confiesan públicamente, y sin rebozo, que entre los resultados ciertos y constantes de la Física novísima y los principios filosóficos de la escuela no media oposición alguna real.

Por tanto, Nós, a la vez que declaramos de buen grado y con placer que ha de admitirse todo lo que fuere sabiamente proferido por cualesquiera ingenios, o inventado y excogitado en provecho de los hombres, os exhortamos con todas nuestras fuerzas a todos vosotros, Venerables Hermanos, a que, para honor y defensa de la fe católica, para bien de la sociedad, para el progreso de todas las ciencias, restablezcáis y propaguéis con toda la posible latitud la áurea ciencia de Santo Tomás.»

concluir, con Prisco (1), que «el derecho es un organismo cuyos múltiples y ordenados fines, respondiendo a las diversas y encadenadas funciones jurídicas de la vida humana, se manifiestan en el Estado, y sólo en él obtienen su completo desarrollo. Quien hiciera abstracción de esto, por ceder a las exigencias del método científico, y quisiera luego convertir aquella abstracción en una realidad viviente, debería probar antes a colocar la Humanidad fuera de la sociedad civil. Pero el Estado no es una turba de individuos unidos mecánicamente como un conjunto material de ruedas artificiosamente ordenadas, sino que es un cuerpo organizado, formado de organismos menores, cuya raíz es la familia..... Ahora bien: descubrir las supremas reglas jurídicas de este movimiento social de la Humanidad....., es el contenido racional del *derecho social*, cuya exacta determinación puede contribuir a la concordia entre los hombres y a todo progreso humano».

VI

Con estos supuestos podemos formar juicio acerca del contenido privativo del derecho civil. Cabrá partir, para su indagación, de la clasificación de Enrique Cimbali (2) en tres fases: *a*) La primitiva, de confusión y absorción del elemento individual en el social, señalada por la ausencia completa de toda industria; *b*) La secundaria, de emancipación de aquel primer elemento del segundo, desarrollándose al sumo grado la peque-

---

(1) *Filosofía del Derecho fundada en la Ética*, traducción de Hinojosa; 3.ª edición. Conclusión.—Madrid, 1891: Guijarro, editor.

(2) *La nueva fase del derecho civil*, traducción española de D. Francisco Esteban.—Madrid, Rivadeneyra, 1893.

ña industria; *c*) La forma última, de reconciliación y reintegración de ambos elementos, coetánea al desarrollo gigantesco de la gran industria.

Este autor investiga los tres períodos en los capítulos que dedica al derecho consuetudinario, al Código de derecho privado individual, al social y a los elementos de este último. De tales afirmaciones parte para los propósitos reformadores de la legislación vigente, que enumera, desde la ciudadanía hasta los contratos, al través de todas las grandès pilastras que hasta ahora tuviéramos por las más sólidas disciplinas jurídicas. No es posible, en justicia, negar a Cimbali ni originalidad ni penetración. Escribía en un momento histórico, y dentro del mismo raciocina. Sus orientaciones es propio que se hallen impregnadas del ambiente en que se concibieran.

Opinión análoga es permitido formar de D'Aguanno al verle examinar la manera cómo debe concebirse la génesis y la evolución del derecho civil, según los resultados de las Ciencias antropológicas (1). Con Cimbali, se inspira en la aplicación al derecho civil del método experimental iniciado por la escuela evolucionista. Pero, a tal respecto, habremos de escuchar con el cuidado que merece la palabra expresiva de Tarde, siempre independiente en su raciocinio, no menos que atrayente en su exposición (2). Una sola cita en nota nos bastará para conocer el emplazamiento que adopta (3).

---

(1) Me valgo de la traducción española de D. Pedro Dorado Montero, que la enriquece con adiciones expresas del autor.— Madrid, *La España Moderna*.

(2) G. Tarde, *Las tranformaciones del derecho*. Traducción, prólogo y notas de Adolfo Posada.— Madrid, *La España Moderna*.

(3) «Desde hace algunos años, la introducción del fermento darwiniano, evolucionista, antropológico, en el derecho criminal, ha

Otras dos acreditarán la honradez con que reconoce aquello que los estudios experimentales a que se entrega le van descubriendo (1). Método éste, dentro del

---

determinado una crisis que se propaga con una extrema rapidez, y que comienza a apoderarse del derecho civil mismo.

No es fácil saber lo que se pretende con la introducción de la Antropología en el derecho civil; en el derecho criminal ya lo sabemos: todo ello consiste en preocuparse del *criminal* más que del crimen, en individualizar las cuestiones. Esta muy bien; pero si para hacer juego con la Antropología criminal se trata de edificar la «Antropología jurídica», ¿se podrá hacer lo mismo con igual éxito? ¿Es que, por acaso, se pensará en individualizar las disposiciones legales, en ajustarlas a los diversos individuos separadamente, como hacen con nuestros vestidos los sastres, de tal suerte que haya para cada joven, varón o mujer, una edad especial para la mayoría o para la capacidad civil, y que el valor de los contratos haya de ser juzgado según el valor antropológico de los contratantes?»

(1) «Gustosos empezamos por reconocer una analogía de las más universales y de las más importantes: la idea del derecho, por diferente que sea su contenido, es *formalmente* la misma en todo país y en toda raza, no porque sea innata, sino porque se deriva necesariamente de instintos naturales hereditariamente legados al hombre por sus antepasados humanos o prehumanos, y reflejadas por el medio social. De tal suerte que si, lo que es imposible, la idea del derecho desapareciese hoy de la Humanidad, renacería fatalmente mañana.» (Pág. 31.)

«¿Es o no es inevitable que toda evolución biológica, llevada hasta el fin, converja hacia la producción de un organismo animal aproximado al tipo humano? Para responder, sería preciso poder comparar la fauna de los planetas vecinos o lejanos con el nuestro, facultad que nos falta, que, por desgracia, nos faltará siempre, y que no nos faltaría si la ciencia fuese verdaderamente la razón de ser del ser, como tantos filósofos han, orgullosamente, pensado. La insolubilidad misma de estas cuestiones fundamentales prueba que el hombre está hecho para obrar, más que para saber, y que si, para consolarse de su impotencia para poseer la plena verdad del pensamiento, aspira a realizar la belleza completa de la conducta, no es a su inteligencia, sino, sobre todo, a su corazón, a quien debe pedir sus reglas de acción.» (Pág. 303.)

respeto que cada criterio reclama, muy distinto del de Brugeilles, por ejemplo cuando, después de decir que «hay que tratar el derecho positivo moderno como una *materia* objeto de investigación científica, sin preocuparse de hacer coincidir las conclusiones a que ese estudio conduzca con las soluciones impuestas por el legislador o la jurisprudencia», afirma, imperturbable, que, «después de haber destruído progresivamente las sanciones enérgicas de los principios de la Humanidad, las sanciones religiosas, se ataca también a la sanción jurídica (1)», añadiendo que hay que reconstruir, caminándose hacia un derecho sin sanción, idéntico a la moral de que nos hablara Guyau, y de la cual no será sino la contrapartida. Como si lo que se denomina sanción fuera algo distinto del fenómeno que explica la razón de ser de aquel derecho y de la persistente moral que lo procrea.

Comencemos por la *familia;* sus transformaciones son considerables. El divorcio, el niño, la disminución de la autoridad paternal, la emancipación de la mujer. Estos enunciados encierran todo un mundo de discusiones, polémicas, tareas legislativas y apasionadas glosas (2).

---

(1) Raoul Brugeilles, *Le Droit et la Sociologie.*—París, Alcan, 1910, «Bibliotèque de Philosophie contemporaine», páginas 159 y 162.

(2) Compuesta ya esta «Nota preliminar», ha leido el Sr. Burgos, como Ministro de Gracia y Justicia, su *Discurso de apertura de los Tribunales* (15 de septiembre de 1915), disertando acerca de la «Socialización del Derecho». Existe cierta casual coincidencia entre su tema y mi exposición general en orden al enunciado de las nuevas tendencias; y como me abstengo de penetrar en el estudio doctrinal, no puedo detenerme a observar si habría entre nosotros acuerdo o disparidad en la apreciación de los problemas. Así, al tratar de la familia, me ofrecería serios reparos la tendencia, que

En España contamos con estudios que demuestran el predicamento que siempre se ha concedido a esta parte del organismo social. Que yo conozca, tenemos un discurso de «La mujer griega, romana y española», por D. Pedro López Marín, en 1853, que concluye recordando que en esta nación leal y generosa, compuesta de cristianos y caballeros, las mujeres han sido siempre *amadas, reinas* y *señoras*. D. Hilario Abad de Aparicio estudiaba, en 1862, el «Origen de la familia», con los principales derechos y deberes consiguientes a esta institución, declarando que el progreso humano estará en armonía con el de la sociedad doméstica, cuyos grados de ventura y moralidad señalará el barómetro de aquélla. Tres años más tarde, y con ocasión de comentar la ley 10 de Toro, al tratar de la «Parte de bienes que pueden mandar los padres a los hijos ilegítimos», desenvolvía D. Xavier José de Barcáiztegui, en erudita tesis doctoral, el amplio y grave problema de los derechos de los hijos ilegítimos, «el más difícil, sin duda, del derecho constituyente», y que habrá que resolver, según este autor, apoyándose en que «si es justo reconocer a cada uno su derecho, sostener el orden social y dar prestigio al matrimonio, también es muy cierto que no pueden existir verdades contradictorias».

Pero la investigación de fondo que poseemos acerca de la familia es la *Memoria* de D. Manuel Alonso Mar-

---

veo apuntar, en contra de una libertad de disposición de los bienes, que va en derechura contra la de testar, para mí fundamental. De igual modo, en las reflexiones que el Sr. Burgos dedica a la propiedad, motiva grandes reservas su modo de apreciar aquel derecho, así como el concepto de la *plusvalía,* que es principio que necesita ser estudiado a fondo, en sus aspectos jurídico y económico, y no dilucidándose convenientemente, mediante indicaciones someras o incidentales.

tínez, leída en 1872 ante la Academia de Ciencias Morales y Políticas. Se imprimió en los *Anales* de ésta, y, hecha tirada aparte, poseo ejemplar, para mí inestimable, por tener dedicatoria autógrafa a mi padre. Tanto en la primera parte, consagrada a la «Filosofía del derecho familiar», como en la segunda, que abarca la historia de la familia, al igual que en la conclusión, que armoniza las enseñanzas de la Historia con las aseveraciones filosóficas de la primera parte y marca el influjo de la conciencia, de la Revelación, de la tradición y de la ciencia en el desenvolvimiento del derecho y en la organización moderna de la familia, se inquiere la naturaleza, genealogía y filiación de tan secular y primitiva institución, en forma científica que nada tiene que envidiar a los métodos de nuestra época.

E igual elogio cabe hacer de los trabajos relativos a la «Investigación judicial de la paternidad», que en el tomo V de *Memorias de la Academia de Ciencias Morales y Políticas* se publican (1884), debidos a D. Benito Gutiérrez y a D. Fernando Calderón Collantes, expresando el mismo concepto acerca del especial que el primero de estos dos ilustres académicos, el civilista Gutiérrez, dedicó a «El divorcio», y que se contiene en el tomo VI (1889) de las citadas *Memorias*. Se controvierte con ardimiento este último tema en nuestro tiempo, y no sólo las leyes francesas de 1884 y 89, sino los proyectos italianos de 1902 y el trabajo de la Comisión Real inglesa de 1912, patentizan el calor con que se discute la mayor o menor extensión de las causas de divorcio, llegándose a conferencias contradictorias que apasionan al auditorio. Pero la síntesis es siempre la que nuestro Gutiérrez proclama en su estudio, que ninguna actualidad ha perdido. M. Garnier viene a expresarla en una controversia de marzo de 1903:

«Sólo la educación moral, el sentimiento del deber y el grito de la conciencia pueden mantener la indisolubilidad del matrimonio.» Si es cierto, según frase de M. Bourdillon, que todo ataque a la constitución familiar nos lleva a consecuencias que repercuten muy lejos y alcanzan al porvenir mismo de las sociedades humanas, reconozcamos que el afán inmoderado de desligar a los esposos y emancipar a los hijos acarreará males sin cuento. La sociedad querrá sustituirse a los padres, pero el día en que el cariño de éstos desaparezca, ¿dónde encontrar la ternura que al niño ampare? Se quiere forjar artificialmente sentimientos a expensas de los que la Naturaleza creó. Proclamemos el respeto a la dignidad de la mujer y la protección al niño desvalido, pero sin incurrir en el absurdo de querer fundar la vida colectiva sobre las ruinas de la primera de todas: de la familia (1).

Pedro Cogliolo, en sus *Estudios acerca del derecho privado* (2); Raoul de la Grasserie, en *Les principes sociologiques du droit civil* (3); Henri Pascaud, al relatarnos las reformas de que el Código está necesitado (4); Joseph Charmont, de quien hemos citado ya otro libro, al meditar acerca de *Les transformations du droit civil* (5), parece que llegan a coincidir en «que la lógica de

---

(1) Véase en el *Libro del Centenario*, citado, la *Introducción* de Sorel, y los estudios de Lerebours-Pigeonnière, *La famille et le Code civil*, y de Colin, *Le droit de succession dans le Code civil*, tomo I, págs. 265 y 295, respectivamente.

(2) Traducción española, prólogo y notas de D. Rafael Ureña.—Madrid: Hijos de Reus, 1898.

(3) Paris, Giard, 1906. Capítulos VIII a XI.

(4) *Le Code civil et les réformes qu'il comporte.*—Paris: Fontemoing, 1906. De las páginas 10 a 151 y 196 a 222.

(5) Paris, Colin, 1912. Del capítulo I al XI inclusive, estudio muy fundamental y analítico.

la evolución conduce al espíritu moderno — como dijo Bourdillon en la sesión solemne que al principio recordé — a pensar que las sociedades, sintiéndose más estables, pueden sin peligro apartarse de la extrema prudencia que presidió a su nacimiento y que encontraba su justificación en el temor de comprometer su porvenir».

No soy autoridad para discutir esta idea, pero mi curiosidad me llevaría a querer averiguar si es positiva esa mayor *estabilidad* que se dice que hoy poseemos, y si no se la compromete, así como el porvenir a que antes prudentemente se atendiera, con ruptura de vínculos, en cuyo robustecimiento puede ir envuelto el propio de la sociedad o pueblo para quien se legisla. No nos asustan los avances de que el Sr. García Prieto nos hablara en 1911 (1), pero cuidemos primero de mirar si no tendremos más tarde que retroceder por precipitación en el empuje (2).

---

(1) Discurso inaugural del curso de 1910-11, en la Academia de Jurisprudencia, sobre la igualdad jurídica de ambos sexos.

(2) Son de interés sobre esta materia algunas obras que no excluyen a otras muchas, pero que cito por ser las que conozco:

Louis Bridel, *Le droit des femmes et le mariage*. Paris: Alcan, 1893. Estudios de legislación comparada.—Los principios que formula, en cuanto a la igualdad de los esposos, capacidad de la mujer, libre disposición por parte de ésta de sus bienes y del producto de su trabajo, tutoría de la madre, etc., son hoy corrientes en la ciencia social.

Edouard Westermarch, *Origine du mariage dans l'espèce humaine:* Paris, Guillaumin, 1895.—Su libro se resume en la afirmación de que la historia del matrimonio es la de una relación en la cual las mujeres han triunfado gradualmente de las pasiones, de los prejuicios y de los intereses egoistas de los hombres. Es de notar también que en este análisis del matrimonio la tendencia a la perpetuidad es muy general, con caracteres de intuitiva, «ha-

VII

Menos aun me hallaría en condiciones de vaticinar el oscuro destino de la propiedad privada. De base de ésta se califica al Código napoleónico, justificándolo los testimonios de Jaubert al declarar que el respeto por

---

ciéndose el vinculo más duradero a medida que la raza humana ha progresado».

C. N. Starcke, *La famille dans les différentes sociétés.* Paris: Giard et Brière, 1899.—Los elementos de la familia actual que testifican la molicie creciente de los caracteres y la cobardía moral que huye el combate operarán la disolución de la familia, según este autor. «Allá donde estas fuerzas disolventes han adquirido alguna influencia, los males se han agrandado y las aspiraciones de los hombres envilecido.» Pero cree Starcke que la familia podrá «llegar a ser lo que era antes Dios: el objetivo absoluto de la existencia individual». ¿No encontrará, por el contrario, cabría objetarle, supeditada su propia fuerza a la del sentimiento religioso? Preciso sería declarar que no es muy sociológico el sistema de sentar afirmaciones que pugnan con lo que la experiencia, la observación y la Historia evidencian.

Charles Letourneau, *La condition de la femme dans les diverses races et civilisations.* Paris: Giard, 1903.—El contenido responde al título. Proclamando que no cabe progreso social serio y duradero si la mujer no participa en él, ayudando a su implantación, y, beneficiándose del mismo, se llega a la igualdad de los dos sexos en la educación, en el matrimonio, en la familia y en la gran sociedad. Todas estas instituciones reclaman transformaciones profundas al entender de Letourneau, que las ha estudiado sucesivamente.

Su optimismo le conduce a esperar entonces un estado más sano, justo y mejor ordenado: la diferencia social-mental, e incluso física, entre los dos sexos se atenuará. En ese día habrá menos mujeres-muñecas y menos hombres brutales, hasta la bestialidad....

Louis Delzons, *La famille française et son évolution.* Paris:

la propiedad se muestra en cada página del Código; de Louvet, uno de sus redactores, al estimar que aquél tiene por principal objeto regular los principios y derechos de la propiedad, o del tribuno Lahary proclamando que la mejor medida, como la más preciosa de las disposiciones de un Código civil, es la que declara el derecho de propiedad, no siendo las demás otra cosa que sus derivaciones y consecuencias.

Era, a la sazón, su fundamento el *jus utendi et abutendi*, acerca de cuyo significado o alcance hallo origi-

Colin, 1913.—Libro lleno de buen sentido, cuya lectura devuelve al ánimo la tranquilidad que le arrebatan otros que a sí propios se llaman científicos. La familia de hace cien años; la familia burguesa, antes correcta y disciplinada, y después de 1880 emancipada y desprovista de barreras y de apoyos; la mujer acaudalada, la obrera, la intelectual; el niño en cada una de esas clases sociales, y el abandonado o culpable; la ruptura de los vínculos que unían a ascendientes y colaterales; los servidores, que formaban parte integrante de la familia, y hoy se consideran ajenos y aun opuestos a la misma; la desaparición del dominio por los repartos hereditarios. Todos estos antecedentes llevan a concluir que la familia se ha debilitado por no haberse opuesto a la acción destructora de los fenómenos económicos una resistencia consciente y resuelta; antes al contrario, se ha favorecido esta usura o desgaste de los añejos lazos por el ansia universal de independencia individual y por la impaciencia de romper todo freno, que han caracterizado, en el orden moral, el fin y el principio de los dos siglos en que nos ha tocado vivir, como, en el orden económico, su distintivo es la movilización de la riqueza. Todas las disciplinas inventadas por la experiencia secular se hallan comprometidas, y la armadura sólida de la familia antigua, horadada. ¿Adónde nos conduce esta evolución? El templado espíritu de Delzons tiene que terminar diciendo que, sin pensar en retrocesos que dañarían a lo mismo que quisieran restablecer, mas siguiendo la marcha de los siglos, es dado aprovechar cuanto de sentimientos, de esfuerzos y de resultados grandes haya en la obra del pasado, en medio de sus muchos errores y faltas, para que la libertad haga aceptar una disciplina que deberá existir y todos comprender, a la vez que consentirla.

nal la interpretación de mi padre. Según ésta, la traducción de *abusar* no es apropiada. El verbo *abuttere* es un compuesto de la preposición *ab* y del verbo *uttere*. La preposición, que es de ablativo, expresa siempre separación de la cosa, acto de sacarlo de otro, pero no siempre de modo malo o rechazable. Significa, pues, ese verbo sacar del uso. También significa *consumir*, de modo que *utendi et abutendi* significa usar consumiendo. Con estos términos latinos se expresa la facultad de usar de las cosas en aquello para lo que han sido hechas, o de dedicarlas a otros usos diferentes, rechazando siempre el concepto de que esos usos sean ilícitos.

Lo evidente es que todos los Códigos que proceden de la Declaración de derechos del hombre y del Código de Napoleón reposan sobre una concepción puramente individualista del derecho, siendo pedestal del sistema jurídico por ellos elaborado la concepción metafísica de derecho subjetivo. Así lo testifica Duguit, que puntualiza aún más al decir que son cuatro los elementos esenciales constitutivos del sistema civilista: la libertad individual; la inviolabilidad del derecho absoluto de propiedad, de usar, gozar y disponer de una cosa; el contrato, y la responsabilidad individual por daño. Se trata, en suma, de la concepción de la libertad y de la propiedad como *derecho*, que a continuación veremos que ahora se quiere sustituir por el concepto de *función*.

A este respecto, nada puedo decir que ya no se sepa. Si nos referimos a la Historia, desde Engels (1) hasta Jan St.-Lewinski, que es de los últimos de qué ten-

---

(1) *Origen de la familia, de la propiedad privada y del Estado*. Traducción española.—Madrid, *La España Moderna*.

go noticia que hayan tratado de este tema (1), el agotamiento es completo. Sólo me atrevería a proclamar como fundamentales la obra de Emile de Laveleye *De la propriété et de ses formes primitives* (2) y el *Ensayo sobre la historia de la propiedad territorial en España*, de D. Francisco de Cárdenas (3), después de la cual no creo que quede «algo que averiguar y no poco que decir para completar esa historia», como modestamente juzgara al publicarla su autor, ya que en los pueblos antiguos, al igual que en nuestros diversos reinos medievales, mas en la propiedad vinculada con posterioridad, en las cargas y menoscabos de aquélla y en la de la Iglesia, se sigue documentalmente por aquel patricio la vida de la institución en cada pueblo, época y vicisitud. Y ¿qué añadir, después del estudio del maestro de todos nosotros, D. Gumersindo de Azcárate, acerca de la *Historia del derecho de propiedad?* Las doctrinas de la Iglesia y los juicios que sobre la misma emite (4); las citas de Smith, Young, Sismondi, Constant y Brodrich (5); las reflexiones para llegar a la multiplicación de los labriegos propietarios (6), y las que le su-

---

(1) *The Origin of Property*. London, Constable, 1913.—El tenor del libro se comprende por las siguientes palabras: «Hemos tratado de probar que la propiedad individual se originó porque su existencia está en armonía con el interés de todos. Siendo así, dicha forma de dominio desaparecerá en cuanto cese de ser conveniente a la mayoría. ¿Cuándo ocurrirá esto?»

(2) Paris, Alcan, 1901, 5.ª edición, revisada. El último capítulo, relativo a la teoría de la propiedad, tiene el mérito de la refundición, en pocas páginas, de lo mucho discurrido sobre el particular.

(3) Madrid, 1875.

(4) Páginas 253 a 265 del tomo II.

(5) Tomo III, pág. 299 y siguientes.

(6) Página 310 y siguientes.

giere la división de la propiedad (1), así como las acotaciones de los autores que la defienden, son de interés extraordinario. De tales premisas, las conclusiones han de ser metódicas y sustanciales.

Asimismo, el concepto católico de la propiedad nos lo enseñan Santo Tomás (2); León XIII, en sus Encíclicas; el P. Antoine, en su *Curso de Economía social*, muy conocido y divulgado; Ozanam (3); Goyau, *Autour du catholicisme social;* el P. Guillaume, al estudiar *L'Évangile au point de vue social;* las Semanas sociales celebradas en Francia; y, dentro de España, Rodríguez de Cepeda, en la de Madrid de 1906 y Valencia de 1907.

El punto de vista sociológico se explana en gran porción de libros, que más se copian y repiten que descubren facetas nuevas. Como recapitulación de todos ellos bastará meditar sobre las enseñanzas de Fouillée en *La propriété sociale et la démocratie* (4), y advertir el penetrante sentido práctico de E. Marguery, cuando nota que la explotación agrícola por la apropiación privada tiende a desenvolverse, vulgarizarse y democratizarse, en vez de desaparecer, así como que la acción del legislador debe ejercerse en dos inversas direcciones: impedir el acaparamiento de las riquezas

---

(1) Página 320 y siguientes.

(2) Véase su doctrina en Deploige, obra citada, páginas 355 y siguientes.

Las limitaciones de los Papas al derecho de propiedad las estudia Fallon, *Les plus-values et l'impôt.* — Bruxelles, 1914, pág. 256.

Es de interés conocer lo que dice en las páginas 248 y 288 y siguientes.

(3) Consúltese un estudio de sus ideas en el libro del Abbé Ch. Calippe *Les tendances des catholiques libéraux,* páginas 95 a 110. – Blond, Paris, 1911.

(4) Paris, Alcan, 1904.

naturales, y ayudar a la reconstitución de la propiedad, excesivamente desmembrada (1).

Nada citaré de las escuelas socialistas. Su bibliografía forma tomos, y su doctrina es hoy familiar. Concluyo, pues, aportando en nota el último texto, debido al espíritu cristiano británico, que juzgo de mérito, por ser lo más reciente y comprensivo de la materia (2), indicando al propio tiempo otros libros de compulsa necesaria en los varios aspectos que el disfrute y la regulación del derecho de propiedad ofrecen (3).

Doble es su corriente: una constituye serie grande de restricciones importantes al derecho absoluto de

---

(1) *Le droit de propriété et le régime démocratique.* — París, Alcan, 1906.

(2) *Property, its duties and rights*, ensayos por varios autores. Macmillan, London, 1913.—En su triple fase, histórica, filosófica y religiosa, se analizan en sendos capítulos, con método realista y racional a la par, aquellos deberes y derechos. La amalgama de estas dos palabras es signo de la tendencia social-cristiana de la publicación.

(3) Thiers, *La propiedad.* Traducción española.—Madrid, 1880.

Proudhon, *Teoría de la propiedad.* Traducción española de G. Lizárraga.—Madrid, Suárez, 1873.

Rodriguez Vaamonde (Florencio), *Estudio sobre la propiedad enfitéutica y las leyes de 1873 sobre redención de foros.*

Calderón Collantes (Fernando), *Los foros de Galicia, Asturias y León.* Informe elevado al Gobierno.

Votos particulares de los Sres. Covarrubias y Alonso Martínez. Se contienen aquel estudio y este informe en el tomo IV de *Memorias de la Academia de Ciencias Morales y Políticas*, 1883.

Melgar y Abreu, *Tratado de expropiación forzosa por causa de utilidad pública.*—Madrid, Romero, 1889, con prólogo de D. Francisco Silvela.

Eugène Rochetin, *Étude sur le warrantage des récoltes.* — Paris: Imp. Nationale, 1900.

Martinez Nacarino (Rafael), *La propiedad inmueble improductiva.*—Madrid, Rivadeneyra, 1903.

disponer y gozar, alterando la noción de la propiedad intangible, tal como los Códigos la comprendieran; la otra acude a las necesidades jurídicas, surgidas de las económicas, engendradas por el crecimiento incesante de la riqueza mobiliaria. «Así, diremos con el Decano M. Bourdillon, las sociedades humanas, obedeciendo a los instintos de progreso y de extensión, multiplican sin cesar las creaciones de su actividad, pero si saben que no hay, en la infinita variedad de las transformaciones económicas, forma absoluta y perenne, su prudencia ingénita les aconseja no destruir las hiladas de

---

H. Pascaud, *La mobilisation du sol en tant qu'élément de crédit en France et à l'Étranger.*—Nancy, Berger, 1903.

Llera y Eraso (Fernando), *El latifundio, la crisis agraria y la cuestión social.*—Madrid, 1904.

P. de Loynes, *Le Code civil et le crédit: Régime hypothécaire et de la transmission de la propriété.*—Paris, Rousseau, 1904.

Jules Madelin, *Les restrictions légales au droit de propriété forestière privée en France, en Allemagne, en Autriche-Hongrie et en Suisse.*—Paris, Rousseau, 1905.

A. de Lavergne, *Le transmission de le propriété inmobilière et l'introduction des livres fonciers en Angleterre.* —Paris, Guillaumin, 1905.

Paul Tirard, *La question du bien de famille.* — Paris, Giard, 1906.

José Gascón y Marín, *Limitaciones del derecho de propiedad por interés público.*—Madrid, Ratés, 1906.

Rafael González Cobos, *Orígenes, formas y vicisitudes de la propiedad colectiva en la provincia de Salamanca.* Prólogo de Altamira. Salamanca: Imprenta y librería de Francisco Núñez, 1906.

Joseph Grasset, *Les projets de réforme hypothécaire depuis le Code civil.*—Paris, Rousseau, 1907.

José Ramírez Ramos, *Proyecto de bases para constituir la propiedad rústica en cotos redondos.* Voto particular al dictamen de concentración parcelaria.—Madrid. Hijos de R. Álvarez, 1908.

Henry Vizioz, *La question du fidéicommis en Prusse.* — Paris. Tenin, 1914.

granito sobre que reposan las construcciones que cobijaron a sus primeros esfuerzos» (1).

Aquellos instintos y estas cautelas entretejen la vida. No otra cosa son las escuelas sino sus respectivos mantenedores. Si valiera sintetizarlas, yo elegiría al presente dos libros: el último de Colson, *Organisme économique et Désordre social* (2), expresión del espiritu clásico, enardecedor y estimulante, y el de Duguit *Les transformations générales du Droit privé depuis le Code Napoléon* (3), evangelio de la tendencia realista de una regla social. El primer autor nos recordará que «el pensamiento es el verdadero creador de casi todos los bienes que la Humanidad posee», que se caracteriza por la *invención*, la *dirección* y la *organización*, siendo de meditar «si las desigualdades de situación existentes en la sociedad concuerdan con aquellas que la justicia autoriza y prescribe», deduciéndose de su análisis que, «de discutirse en bloque la validez de la propiedad moderna, se atentaría contra derechos legítimamente adquiridos, que no se compensarían por las iniquidades que se acertara a corregir». De aquí que se entienda por Colson que «los ataques dirigidos contra las condiciones actuales de adquisición y de transmisión de la propiedad, lejos de apoyarse sobre razones que se impongan a los espíritus sedientos de equidad, son la negación de una de las concepciones más universalmente admitidas desde que la esclavitud no encuentra ya defensores: la de que cada hombre debe disponer libre-

(1) Discurso en la solemnidad del Centenario del Código francés. Publicado integro, con los demás pronunciados, en *Le Temps* de 30 de octubre de 1904.

(2) Paris, Flammarion, 1912.

(3) Paris, Alcan, 1912.

mente de sus facultades y de los productos que obtenga por su empleo» (1).

Duguit manifiesta que el sistema jurídico de los pueblos modernos se establece sobre la consideración del hecho de función social que se impone a los individuos y a los grupos (2). Esta noción de función social niega que el hombre tenga derechos, ni la colectividad tampoco. Lo que tenemos todos es una determinada función que realizar y una tarea que ejecutar (3). El fundamento de la regla de derecho será la interdependencia social, que excluye la libertad, y que a la propiedad mantiene como «condición indispensable de la prosperidad y grandeza de las sociedades», pero no como un derecho, sino como función. En este sistema, la regla jurídica viene a reposar sobre el fundamento de la estructura social y la necesidad de mantener coherentes entre sí los diferentes elementos sociales, por el cumplimiento de la dicha función, que incumbe a cada individuo y grupo (4). De aquí se desprende como lógico corolario que la propiedad pasa de derecho subjetivo del propietario a función social del poseedor de la riqueza, y que, respondiendo la propiedad a una necesidad económica, su tenedor está obligado a emplearla conforme a su destino social (5).

¿Cuál de estas dos teorías extremas o distintas es errónea, y cuál cierta? ¿Qué grado de exactitud encierran una y otra, y cómo hallar entre ellas compromiso o arreglo? Preguntas son las formuladas que exigirían un libro; y, dado que en el orden de las lucubraciones

---

(1) Véase libro II, capítulo V, y libro III, capítulo I.
(2) Página 9.
(3) Páginas 19 y 20.
(4) Páginas 25 y 26.
(5) Véase toda la sexta conferencia, páginas 145 a 178.

hay mucho escrito, mas poco en el de los hechos practicado, será bien que la materia se recoja de nuevo, desde el punto de vista de sus aplicaciones a la esfera privada y colectiva, porque si, impuesta como función automática que un poder superior y extraño señale, es inconcebible la conciliación con ella del ejercicio de las facultades humanas, y su secuela de la libertad de iniciativa y de empleo de las mismas en que el progreso se asienta, la propiedad se podrá considerar, según frase de Montalembert, como una carga social el día en que, mantenida espontánea y libre en su creación y ejercicio, se condicione a sí propia en su disfrute y consumo por los sentimientos de atracción y de entreayuda humanas. Cierto que no es esta evolución fácil ni rápida, pero yo la tengo por la única compatible con el esencial reconocimiento de la personalidad del individuo, anulada la cual, el fundamento para esa función social tan decantada desaparece, toda vez que se inspira en el deseo de socorro y mejora hacia otros individuos que no podrán alegar derechos si a los demás se les niegan. Por esto antójaseme (y más despacio habré de tratarlo en otro estudio) que el concepto de *destino social* carece de sostén sin el de *finalidad moral;* y, concedido éste, nos entramos por los aledaños de los derechos subjetivos, que tan ahincadamente se quieren rechazar. ¿Sería la tal función hacedera si el Poder la dicta, mas los ciudadanos la rechazan y quebrantan? Luego el consenso (acto voluntario y no predestinado) le es preciso para producirse, de suerte que el fomento de las facultades morales ha de ser simultáneo con toda labor social. Y en cuanto a la oposición que en ocasiones exista entre un interés particular y el general de la sociedad, convendrá que prácticamente se diluciden los casos, a fin de trazar la norma jurídica que resuelva el conflicto de derechos que cada uno sus-

cite. Por lo que atañe a la propiedad inmueble, fuste obligado de toda reconstitución agro-social, me propongo en breve recoger, en sencillo libro, algunas reflexiones inspiradas por datos acumulados, que podrán despertar en otros deseo de contribuir a una elaboración de ideas y redacción de cánones que juzgo hoy indispensables (1).

VIII

Pensando ahora en el aspecto del trabajo, es realmente envanecedor poseer ciencia propia cuando se trata de tan importante materia social. Sin contar las varias y discretas Memorias que en diferentes concursos tiene premiadas la Academia, basta el conocimiento de los discursos científicos de nuestros Cánovas, Azcárate, Linares Rivas, Canalejas y Villaverde, amén de alguno otro que a mi recuerdo escape, para poder recapacitar sobre los extremos de punto tan esencial (2).

---

(1) Para entonces aplazo el examen de los diversos trabajos que en el *Libro del Centenario* tratan del derecho de propiedad, del sucesorio, del hipotecario, del de transmisión, etc.

(2) Cánovas, Discurso en el Ateneo, 1890: «Observaciones tocantes a la cuestión obrera».

Azcárate, Discurso en el Ateneo, 1892: «Deberes y responsabilidades de la riqueza».

Idem id. id., 1893: «Leyes obreras, leyes sociales o leyes del trabajo».

Linares Rivas, «El problema social en España». Discurso de recepción en la Academia de Ciencias Morales y Políticas, tomo V de *Discursos*, 1894.

Canalejas, Discurso de la Academia de Jurisprudencia, 1894: «Aspecto jurídico del problema social».

Villaverde, Discursos en la misma Academia al inaugurar los cursos de 1900 y de 1901: el primero, acerca de «La cuestión social

La erudita y profunda disertación que a las leyes obreras dedicó el Sr. Gómez de la Serna en su Memoria, como Fiscal del Tribunal Supremo, leída en la apertura de los Tribunales el 15 de septiembre de 1910 (1), llevó a las esferas de nuestra más alta representación judicial el eco de peticiones ya cristalizadas en la Ciencia.

De querer concretar en una proposición el lento discurrir del sociólogo sobre la contradicción entre la soberanía política concedida al obrero y la depresión económica, que otros llaman esclavitud, en que vive (acerca de cuyo contenido, Benoist, al hablarnos de *L'organisation du travail: Le travail, le nombre et L'État* (2), estampa consideraciones rebosantes de equilibrado sentido y espíritu conciliador), aceptaremos como la más gráfica la que califica de *jurídico* al socialismo evolucionista, como ciclo final de la que llamaremos tercera florescencia de aquella doctrina en el siglo XIX, ya que fueron, durante el mismo, reacciones periódicas la de 1848 y la de la *Internacional,* hacia el 70. Que el socialismo atraviesa crisis honda, es incontrovertible. En nota doy la bibliografía más recomendable que desde el 90 acá ha venido anualmente estudiando la transformación del pensamiento de dicha escuela, desbrozando un campo en el que no todas las publicaciones son originales ni de documentación directa (3).

---

y el derecho civil»; el segundo, sobre «Las coligaciones y huelgas ante el derecho».

(1) Páginas CXLI a CLXXX.

(2) Paris, Plon, 1905.

(3) L'Abbé Winterer, *Le Socialisme contemporaine,* 1894, Lecoffre, Paris.

Eugène d'Eichthal, *Socialisme et problèmes sociaux,* 1899, Alcan, Paris.

Jean Bourdeau, *L'évolution du Socialisme,* 1901, Alcan, Paris.

Jean Jaurès, *Études Socialistes*, 1902, Ollendorf, Paris.

De ellas se desprende como innegable el hecho de aquella evolución doctrinal. Con Joseph Hitier, deberemos preguntarnos cuál sea la sustancia de la fórmula indicada. Se trata de un «espíritu nuevo, que se traduce en un método, nuevo también, consistente en una confianza absoluta en el *derecho*, en sus postulados y en sus construcciones. Hoy se produce fuerte reacción contra la tendencia exclusivamente económica, que era la marca del puro marxismo. El socialismo *hace derecho*, según la expresión corriente, en vez de no hacer

---

Jules Guérin, *La faillite du Socialisme,* 1902, Guillaumin et Cie, Paris.

Gustave Le Bon, *Psychologie du Socialisme,* 1902, Alcan, Paris.

A. Millerand, *Le Socialisme réformiste français,* 1903, Bellais, Paris.

Ed. Bernstein, *Socialisme et Sciencie,* 1903, Giard et Brière, Paris.

Maurice Bourguin, *Les systèmes socialistes et l'évolution économique,* 1904, Colin, Paris.

Anton Menger, *L'État socialiste*, Edgard Milhand, 1904, Belloy, Paris.

Eugenio Rigmano, *Un socialisme en harmonie avec la doctrine économique libérale,* 1904, Giard et Brière, Paris.

Noël Dolens, *Le Socialisme fédéral,* 1904, Liévens, Saint-Maur (Seine).

J. Bourdeau, *Socialistes et sociologues*, 1905, Alcan, Paris.

Camille Sabatier, *Le Socialisme libéral ou morcellisme*, 1905, Giard et Brière, Paris.

Mermeix, *Le Socialisme*, 1906, Ollendorff, Paris.

Pierre Biétry, *Le Socialisme et les jaunes,* 2.ª, 1906, Librairie Plon, Paris.

Emile Faguet, *Le Socialisme en 1907,* 1907, Lecène Oudin et Cie, Paris.

A. Béchaux, *L'école individualiste: Le socialisme de l'État,* 1907, Rousseau, Paris.

Edmond Lagarde, *La revanche de Proudhon ou l'avenir du Socialisme mutuelliste,* S. G. Jouve, Paris.

más que economía política. Se repudia ya la hipótesis del *salto brusco*, habiendo dejado de vivir la concepción revolucionaria, que se ve reemplazada por el respeto de la ley de evolución. «El socialismo reformista descarta la tesis del determinismo económico, puesto que atribuye al hombre una parte en la obra de transformación, haciendo de él un colaborador activo y consciente» (1). El neosocialismo se ve, en consecuencia, obligado a reconocer que la forma actual se traduce en relaciones jurídicas. Se prepara «el Código futuro, en donde el cuarto estado cuenta con inscribir algún día sus conquistas». Se le hace preceder de una nueva *Declara-*

Eugène Fournière, *La crise socialiste,* 1908, Jasquelle, Paris.

Ives Guyot, *Sophismes socialistes et faits économiques*, 1908, Alcan, Paris.

Abbé Patoux, *Le Socialisme: Ce qu'il est,* S. G. Savaète, Paris.

Alfred Fouillée, *Le Socialisme et la Sociologie réformiste*, 1909, Alcan, Paris.

Paul Louis, *Le sindicalisme contre l'État,* 1910, Alcan, Paris.

Hubert Lagardelle, *Le Socialisme ouvrier,* 1911, Giard et Brière, Paris.

L. Garriguet, *L'évolution actuelle du Socialisme en France,* 1912, Blond et C[ie], Paris.

A. Béchaux, *Les écoles socialistes: Marxisme, Réformisme, Syndicalisme,* 1912, Rousseau, Paris.

J. A. Estey, *Revolutionary Syndicalism,* 1913, Kin. & Son, London.

Paul Louis, *Le Syndicalisme européen,* 1914, Alcan, Paris.

A. W. Humphrey, *International Socialism and the war,* 1915, P. S. King and Son, London.

P. Teodoro Rodríguez, agustino: *Sindicalismo y cristianismo: Su valor social,* 1915, Asilo de Huérfanos del Sagrado Corazón de Jesús, Madrid.

Hobhouse, *The Labor Movement,* Fisher, London.

(1) Véase Hitier: *La dernière évolution doctrinale du Socialisme: Le Socialisme juridique.—(Revue d'Economie politique,* números de marzo, mayo y junio de 1906.)

ción de derechos, que Menger caracteriza diciendo que «así como los objetivos perseguidos por los grandes movimientos políticos de los siglos XVII y XVIII se resumieron en un cierto número de postulados, designados con el nombre de *derechos políticos fundamentales*, los propósitos últimos del socialismo formarán los *derechos economicos fundamentales*». Así «se saldrá de la fase de las concepciones nebulosas, para llegar a la de las realidades tangibles, que se condensarán en términos jurídicos». Comenzando, pues, por declarar que puede realizarse la emancipación del proletariado por el solo juego de las instituciones jurídicas existentes, se rechaza «una revolución problemática en cuanto a su fecha y sus efectos»; y si bien el socialismo quiere «emplear el derecho contra el derecho», o sea, destruir el derecho actual para convertirlo, por una sustitución progresiva, de burgués en socialista, yo creo que comenzando por cambiar, con Lévy, la *lucha de clases* por una oposición de *dos créditos*, se irá reconociendo, al lado del capital acreedor, otro crédito: el del trabajo, y que, paulatinamente, lo que se inicie por oposición, se convertirá en colaboración y convivencia de acreedores. Paul Pic, en su conocido *Tratado de legislación industrial*, que nadie, ocupado en estos menesteres sociales, deja de manosear, nos da, en índice comprensivo, todo el contenido de ese derecho obrero. Menger, al tratar de *El derecho civil y los pobres* (1), nos plantea la cuestión sobre el análisis del Código alemán, pero estableciendo los fundamentos generales del derecho de familia, del de propiedad y del de obligaciones, en su relación con el pobre, que no forma casta aparte ni

---

(1) Me guio por la traducción española de Posada, cuyo estudio preliminar es propio de su saber. Madrid, Victoriano Suárez, 1898.

tipo social desligado de los demás, sino que es producto de causas que engendran su inferioridad física, etnográfica y psicológica (1).

Por hoy, en España, el Código del trabajo comienza a nutrirse de disposiciones embrionarias acerca del contrato de aprendizaje; del de trabajo; del salario; de los accidentes; de la seguridad o higiene de aquél; de su jornada para la mujer, para los niños, o para el adulto en las minas y en la industria textil; del descanso dominical; de la Inspección; de la reglamentación del derecho de coligación y huelga; de la conciliación y arbitraje; de los Tribunales industriales, y del Instituto Nacional de Previsión, punto de arranque de los futuros seguros sociales que en nuestro país hayan de implantarse (2). El índice es ya extenso, siquiera sus capítulos pequen aún de enjutos y secos. De cómo se confeccionan febrilmente hoy las ideas nos imponen las tendencias encontradas en orden al carácter individual o colectivo del contrato de trabajo; a la responsabilidad civil de los Sindicatos que suscriban este último y a su carácter de obligatorio para todos los obreros de la profesión o de la fábrica; a la cooperación de la mano de obra; a las acciones del trabajo o a la participación en la industria; al trabajo a destajo; al de noche del adolescente; al que tiene lugar a domicilio; a la instrucción profesional del obrero; a la colocación de éste mediante la organización corporativa; al límite legal de la jornada; al mínimum del salario; a la retención o embargo del mismo; a la protección de la madre, y a cual-

(1) Alfredo Nicéforo, *Les classes pauvres.* — Paris, Giard, 1905.

(2) El Sr. D. Marino Medina Fernández ha publicado recientemente una completa *Compilación, codificada, de la legislación obrera vigente en España.* — Valladolid: Casa editorial Cuesta. Es trabajo muy merecedor de encomio.

quiera otra aplicación de normas jurídicas al entretejimiento de acciones que la complejidad de la vida industrial engendra (1). Se trata de remediar la mise-

---

(1) Emile Stocquart, *Le contrat de travail (Étude de Droit social et de Législation comparée),* 1895, Bruylant-Christophe et C[ie], Bruxelles.

Michel Bodeux, *Études sur le contrat de travail*, 1896, Larose, Paris.

Bartéhlémy Raynaud, *Le contrat collectif de travail,* 1901, Rousseau, Paris.

Paul Bureau, *Le contrat de travail: Le rôle des Syndicats professionnels,* 1902, Alcan, Paris.

Alfonso Ruiz, *El contrato del trabajo ante la Razón y el Derecho*, prólogo de E. Sanz y Escartín, 1902, Asilo de Huérfanos del Sagrado Corazón de Jesús, Madrid.

Emilio Chatelain, *El contrato de trabajo. (Estudio crítico de Derecho Económico.)* Adolfo Posada, 1903. *(Rev. de Legislación,* Madrid.)

Lorenzo Ratto, *Il contratto collectivo di lavoro*, 1903, Editrice Romana, Roma.

H. Pascaud, *Le contrat de travail au point de vue économique et juridique et l'utilité de sa réglementation*, 2.ª, 1903, Fontemoing, Paris.

Achille Richard, *L'organisation collective du travail: Essai sur la coopération du main d'œuvre*, 3.ª, 1904, Guillaumin et C[ie], Paris.

Lucien Brocard, *Rapport sur le contrat du travail*, 1906, Rousseau, Paris.

Roger Merlin, *Le contrat de travail: Les salaires. La participation aux bénéfices*, 1907, Alcan, Paris.

Fédération des Industriels et des Commerçants Français, *Le contrat de travail*, 1907, Au siège de l'Association, 50, Boulevard Haussmann, Paris.

Emile Chatelain, *Une nouvelle théorie sur le contrat de travail conforme aux principes du Code civil*, 1907, Dequesne, Mons.

Fagnot y Perreau, *Le contrat de travail.* (V. Association française pour la protection légale des travailleurs, 1907.) Alcan, Paris.

Henri G. Langlois, *Une étape de l'évolution sociale: Le contrat de travail*, 1907, Pichon et Durand-Anzias, Paris.

Groussier y Perreau, *Le contrat de travail et le Code civil.* (Asso-

ria, de dar estabilidad a la vida del trabajador, y, a la

---

ciation françaisse pour la protection légale des travailleurs, 1908.) Alcan, Paris.

Eugène D'Eichthal, *La liberté individuell du travail et les ménaces du législateur,* 1908, Alcan, Paris.

Adolfo A. Buylla y G. Alegre, *El contrato del trabajo*, conferencia. (Asociación internacional para la protección legal de los trabajadores, Sección Española, 1909.) Sucesora de Minuesa de los Ríos, Madrid.

Charles de Visscher, *Le contrat collectif de travail*, 1911, Rousseau, Paris.

E. Briat, *Les démandes reconventionnelles devant le Conseil des Prud'hommes.* (Association françaisse pour la protection légale des travailleurs, 1911.) Alcan, Paris.

Arquembourg-Jagnot Aftalion, *Le réglément amiable des conflits du travail.* (Association françaisse pour la protection légale des travailleurs, 1911.) Alcan, Paris.

A. Artaud, Maurice Deslandres, Justin Godart: *Sanction des accords entre chefs d'entreprises commerciales et industrielles.* (Association françaisse pour la protection légale des travailleurs, 1912.) Alcan, Paris.

Eugène Pourtier, *Entre employeurs et employés: Petit Manuel du contrat de travail*, 1913, Roger et C[ie], Paris.

Edouard Payen, *La réglementation du travail realisée ou projetée*, 1913, Alcan, Paris.

Bernard Décaillu, *La réglementation des conditions de sécurité et d'hygiène dans les chantiers de construction.* (Association françaisse pour la protection légale des travailleurs, 1913.) Alcan, Paris.

Arthur Groussier, *La réglementation légale de la convention collective de travail.* (Association françaisse pour la protection légale des travailleurs, 1913.) Alcan, Paris.

E. Waxweiller, *La durée du travail dans les usines à marche continue: Rapports présentés à l'Office International du Travail en 1911 e 1912,* 1912, Benard, Liège.

F. Fagnot, *La réglementation du travail dans les usines à marche continue.* (Association françaisse pour la protection légale des travailleurs, 1913.) Alcan, Paris.

J. Paul-Boncourt, *Le fédéralisme économique: Étude sur le syndicat obligatoire*, 1901, Alcan, Paris.

par, asegurarle una protección legal, sostenida por una

Eugène d'Eichthal, *Le projet de loi sur l'arbitraje et la grève obligatoire,* 1901, Guillaumin, Paris.

Aftalion, *La conciliation et les conflits collectifs,* etc. (Association françaisse pour la protection légale des travailleurs, 1908.) Alcan, Paris.

André Brunschvicg, *La responsabilite civile des Syndicats professionnels,* etc., 1902, Boyer, Paris.

Jean Granier, *Les actions de travail,* 1910, Larose et Tenin, Paris.

José Casais Santalo, *El contrato de trabajo,* 1915. Buenos Aires.

P. Pic, A. Amieux: *Le travail à domicile en France, et specialement dans la région Lyonnaise.* (Association françaisse pour la protection légale des travailleurs, 1906.) Alcan, Paris.

A. Castroviejo y Pedro Sangro: *El trabajo a domicilio en España.* (Asociación Internacional para la protección legal de los trabajadores, Sección Española, 1908.) Sucesora de Minuesa de los Ríos, Madrid.

F. Fagnot, *La réglementation du travail en chambre* (Association françaisse pour la protection légale des travailleurs) (S. f.). Alcan, Paris

M. l'Abbé Mény, *Lois anglaises, propositions françaises et leçons de l'experience australienne dans la question du travail à domicile. (Semaine Sociale de France.)* 1911. Saint-Etienne.

Paul Boyaval, *La lutte contre le «Sweating system»,* 2ª, 1912, Alcan, Paris.

B. Raynaud, Comte A. De Mun, Abbé Mény, *Le minimum de salaire dans l'industrie à domicile.* (Association française pour la protection légale des travailleurs, 1912.) Alcan, Paris.

Congresos: 1912: IIe Congrès international du travail à domicile (Zurich 8-9 septiembre 1912), 1913, Misch & Thron, Bruxelles.

Ricardo Oyuelos, *El aprendizaje en España desde el punto de vista profesional.* (Asociación internacional para la protección legal de los trabajadores, Sección Española, 1912.) Sucesora de Minuesa de los Ríos, Madrid.

H. Bernard, Paul Dufour: *La nouvelle École corporative d'apprentissage,* 1913, Larose et Tenin, Paris.

Paul Allegret, *Le problème de l'éducation professionnelle: Les solutions proposées,* 1913, Giard et Brière, Paris.

Alfred Dodanthun, Ch. de Lamvereyns de Roosendale: *Le pla-*

defensa jurídica que haga efectivo el disfrute de las concesiones que se vayan alcanzando por el trabajo como

---

cement et sa réorganisation. (Association françaisse pour la protection légale des travailleurs, 1912.) Alcan, Paris.

Charles Rougé, *Les Syndicats professionnels et l'assurance contre le chômage*, 1913, Rivière et Cie, Paris.

Boissard, *Loi du 7 mars 1850 et le mesurage du travail à la tâche.* (Association françaisse pour la protection légale des travailleurs, 1908.) Alcan, Paris.

Georges Alfassa, *Le contrôle de la durée du travail.* (Association françaisse pour la protection légale des travailleurs, 1905.) Alcan, Paris.

Raoul Jay, *La limitation légale de la journée de travail en France.* (Association françaisse pour la protection légale des travailleurs.) 1906, Alcan, Paris.

Salvador Crespo y López de Arce, Adolfo Buylla y G. Alegre: *Notas sobre la jornada máxima de trabajo en España.* (Asociación internacional para la protección legal de los trabajadores, Sección Española, 1908.) Sucesora de Minuesa de los Ríos, Madrid.

Et. Martin-Saint Léon, *Le travail de nuit des adolescents dans l'industrie française.* (Association françaisse pour la protection légale des travailleurs, 1906.) Alcan, Paris.

Justin Godart, *Le travail de nuit dans les boulangeries.* (Association françaisse pour la protection légale des travailleurs, 1910.) Alcan, Paris.

G. Renard, *La suppression du travail de nuit dans la boulangerie. (Semaine Sociale de France,* 1911.) Saint-Etienne.

José Gascón y Marín, *Notas sobre jornada de trabajo de mujeres y adolescentes en España.* (Asociación internacional para la protección legal de los trabajadores, Sección Española, 1911.) Sucesora de Minuesa de los Ríos, Madrid.

Edgard Depritre, *La règlementation légale de la durée du travail des employés.* (Association françaisse pour la protection légale des travailleurs, 1911.) Alcan, Paris.

Arthur Verhægen, *La journée de travail des femmes: Rapports présentés à l'Office International du Travail en 1911 et 1912*, 1912, Benard, Liège.

Victor Brants, *La journée de travail des adolescents: Rapports présentés à l'Office International du Travail en 1911 et 1912*, 1912, Benard, Liège.

copartícipe en la producción (1). Claro es que el primer objetivo ha de consistir en fortalecer la nacional potencialidad económica, estudiando para ello la orientación industrial y poniendo a salvo cuanto constituye su propia esencia, y, por ende, la de la mano de obra que de ella dependa (2). Mas, dejado esto a un lado y considerando en el obrero el doble ente de familia y de producción, es fuerza reconocer que, en cuanto al primero, los preceptos del Código civil le afectan muy poco, y de ellos se desentiende en la práctica de la vida (3). Si es la patria potestad, vemos al hijo, desde

---

André Foucin, *De la saisie-arrêt des salaires,* 1906, Rousseau, Paris.

Charles Guernier, *La saisie-arrêt des salaires et traitements.* (Association françaisse pour la protection légale des travailleurs, 1913.) Alcan, Paris.

Barthélémy Raynaud, *Vers le salaire minimum,* 1913, Recueil Sirey Larose. Paris.

P. Strauss, Louis Marin: *La protection de la maternité ouvrière.* (Association françaisse pour la protection légale des travailleurs, 1912.) Alcan, Paris.

(1) Rowntrée, *Comment diminuer la misère (Études sur la Belgique).* Trad. franç.—Paris, Giard, 1910.

Weber, *Essai sur le problème de la misère.*—Paris, Rivière, 1913.

(2) Passama (Paul), *Formes nouvelles de concentration industrielle.*—Paris, Larose, 1910.

Damiel Bellet, *L'évolution de l'industrie.* — Paris, Flammarion, 1914.

Ives Guyot, *L'A B C du libre-échange.*—Paris, Alcan, 1913.

El mismo, *L'industrie et les industriels.*—Paris, Doin, 1914.

Fontaine, March, Rousiers, Samazenilh, Sayous, Veillat, Weiss: *La concentration des entreprises industrielles et commerciales.*—Paris, Alcan, 1913.

(3) En el *Livre du Centenaire* se contiene un capitulo debido a M. Tissier, *Le Code civil et les classes ouvières* (tomo I, páginas 73 a 94), que coincide con mi criterio: «¿Quién podría sostener hoy que la familia obrera encuentra en el Código una protección suficiente?»

niño, acudir de aprendiz al taller, y prescindir, en cuanto cualquiera mala compañía le pervierte, de sus deberes filiales. No es este el caso corriente, ofreciéndosenos por doquier el grato espectáculo de la familia obrera que habita cristianamente un hogar, material y moralmente limpio, y se sustenta de lo que padres e hijos aportan al común acervo. ¡Prueba palmaria de los caudales de bondad que el alma encierra y de la facilidad que se encontraría para levantar sobre ella sólidas edificaciones sociales que en la atracción y simpatía se inspiraran!

Mas en cuanto un hijo se descarría de entre las cariñosas redes familiares, ninguna forma existe de atraerlo por los medios que las leyes conceden para los de otras posiciones económicas. ¡El Juzgado, los Tribunales, la corrección paterna! ¡Fórmulas vanas ante la realidad de la miseria!

Análogas consideraciones podrían hacerse respecto de la tutela, de la emancipación, del matrimonio, del divorcio y demás contenidos del libro primero del Código, referente a las personas.

Y ello obedece a que todas esas disposiciones se dictan con vista siempre a los bienes, a su defensa y custodia, según los casos y situaciones, partiendo del supuesto de que se trata de gentes de capital, más o menos crecido, pero existente, que tienen que garantizarlo o hallar esa garantía en la ley, relegando a término secundario el estricto y mero derecho de la persona a encontrar amparo. Parece como si la persona por la persona nada supusiera, siendo la fórmula: la persona por los bienes que posea y deba conservar a salvo (1).

(1) El Código francés — según Tissier — protege, sobre todo, la propiedad; las fortunas constituidas son el objeto de su solicitud; la reglamentación de los intereses pecuniarios le obsesiona. «Pero

Y que esto es así nos lo demuestra el sinnúmero de sujetos que viven maritalmente sin estar casados; la facilidad con que se separan privadamente los cónyuges, proclamando ellos la nulidad del vínculo, sin necesidad de declaración superior, ya que no lleva aparejadas más consecuencias que las de que cada cual viva con el jornal que gane; la frecuencia de la ilegitimidad de los hijos, que nadie cuida de normalizar; el abandono de los mismos, faltos de auxilio en un Tribunal que a los padres obligue a la honrada guarda, o a los mismos se subrogue o reemplace, si faltaran, con una tutela social indispensable, toda vez que las instituciones del Código no son practicables entre clases sociales que se sonreirían algún tanto si se vieran ante un tutor, un protutor, un consejo de familia, un libro de actas de éste, una intervención del juez para los casos en que el Código la preceptúa, y todo lo demás que en sus artículos se ha amontonado, con embarazo grande para las familias ricas y con absoluta imposibilidad de aplicación para los pobres.

En orden al ser de producción, va adelantándose sobremanera en la protección del fruto que la misma proporciona al obrero. Indicado queda (o señaladas las fuentes en que puede verse) todo el movimiento jurídico-social contemporáneo, y sobre ello no insisto. Pero he de hacer una consideración que juzgo de importancia, a saber: que se censura a los Códigos vigentes porque no son más que «Códigos de la propiedad», según frase del Sr. Dorado, e incurrimos en análogo error al redactar el futuro del trabajo. Nos preocupamos, en efecto, del salario, de la fijación, incluso obli-

---

la persona, en su integridad física y moral, su vida, su salud, su actividad, su desarrollo moral e intelectual, le preocupa mucho menos.» (Cap. citado, pág. 88.)

gatoria, de su cuantía, de su forma de pago, de su intangibilidad ante el embargo, de la duración de la jornada, de las condiciones en que ésta haya de prestarse, de la forma de regularla, individual o socialmente, y, avanzando más, penetramos en el mundo de las indemnizaciones o retiros por accidente, invalidez, ancianidad..... Con todo lo cual elaboramos otro Código de la propiedad, que sólo se diferencia del civil en que éste abarca la propiedad del capital y aquél comprenderá la del trabajo manual. Mas en el fondo son iguales, porque ambos se olvidan del individuo, de su persona, de su espíritu, de su sociabilidad, de los vínculos que puedan hacerle la vida grata, civilizada, educadora, moral, en suma, que es la palabra que todo lo condensa. Algo hay (pues gusto, ante todo, de la justicia) que al aspecto humano atiende entre esa moderna legislación o formación de ideas que favorece a la mujer, al niño o al obrero, y que a su higiene y salubridad provee, sin mirar al aspecto económico, sino al moral de expansión de su vida corpórea y psíquica. Pero mi observación se encamina a proclamar la urgencia de que dictemos el Código familiar obrero, parte primera y principal del general de su encumbramiento como ser de razón, que habrá de serlo también de deberes morales, no dudando yo de que los sentimientos de afecto social sabrán dar cima al cometido que en tal dirección será bien que nos impongamos.

Porque así como cuanto el Sr. Gómez de La Serna nos enseña doctrinalmente en su Memoria citada (1), se refiere a cambios en la esfera de la propiedad, en la de su tenencia y en la de su uso, no discrepando yo en todo de lo mucho y muy luminoso que tan documentado hombre de ciencia escribe, creo, no obstante, que

---

(1) *Las leyes civiles*, páginas LXXVII a CIV.

hay que dar prioridad, en el tiempo y en la reconstrucción social, al factor familiar, sin el cual, a mi entender, por mucho que al individuo ayudemos a ganar, nada le enseñaremos para conservarlo y darle aplicación en el seno de los goces del espíritu, que tanto elevan y dignifican. De aquí que mire, por mi parte, con predilección lo concerniente a la reforma del salario de la mujer, al reconocimiento de su independencia jurídica, al cuidado de su persona física en determinados períodos de su función de madre, así como lo que ya se va caminando hacia la consecución de un orden estable de amparo del abandonado o huérfano. Sin embargo, insisto en que lo hecho (que aun es escaso) se debe a impulsos nobles del corazón, que protesta de una injusticia o clama ante un dolor, pero sin mirar suficientemente del lado del robustecimiento de la familia, que ha de ser objeto de los mayores y más tenaces empeños. Porque, no lo dudemos, su existencia vigorosa será el asiento de la personalidad productora del humilde. Así, pedimos, por ejemplo, reformas importantes en el régimen sucesorio para que el patrimonio campesino no se desmembre, haciéndose inapto para su función; se requieren profundas en el de los arrendamientos, a fin de que éste sea causa de un futuro desarrollo agrario, en vez de rémora para su expansión, cual hoy acontece, llegando al plazo largo, a la renta justa, a la indemnización por despido y al abono de las mejoras por vencimiento; se imponen, en fin, en el de los censos, servidumbres e hipotecas, con la mira de descargar del peso enorme que hoy soporta a una propiedad que no puede caminar bajo agobio tan aniquilador, y esperando que de este modo adquirirá tal ligereza para circular, que llegará a la *movilización* por muchos anhelada. Ahora bien: ¿a qué propende esa legislación si no es a fortalecer la esfera privada de ac-

ción por el máximo rendimiento de las energías que en la familia rural se encierran? ¿Y cómo lograrlo, si no se tonifica a esa célula social en sus funciones ni en los vínculos que las enlazan y engrandecen?

¿Qué expresar asimismo de las consecuencias morales de la previsión, en sus dos formas de cooperación y de mutualidad? La primera es ofensiva; defensiva la segunda. Ello significa que por la mutualidad se trata de proteger al hombre, en sus personas y cosas, contra el accidente, la enfermedad, la invalidez, la vejez y la muerte, o contra la pérdida de cosechas y ganados, por perturbaciones atmosféricas de helada, sequía, inundación, pedrisco e incendio, o por causa de epidemia. Por la cooperación se aspira a que ese productor, que la mutualidad pone a cubierto de los riesgos que a sus familiares o bienes acechan, mejore de condición, adquiriendo en común sus elementos de trabajo, vendiendo, de acuerdo con sus convecinos, en el momento oportuno, sus frutos, y proporcionándose, por la solidaridad en la responsabilidad, los capitales de explotación que el progreso económico demanda, y para los cuales él solo no hallaría fiador.

Nos encontramos aquí delante de un mundo ignoto: el de la *asociación para fines económicos* (1). No es sociedad mercantil, porque el art. 124 de nuestro Código de Comercio la excluye, cobijándola en los amplios preceptos de la ley de Asociaciones del 87. Pero ésta no la define; y como se multiplican sus relaciones, creando cada día nuevas obligaciones de los socios entre sí y para con los terceros, preciso es pensar en redactar

---

(1) Son esenciales, a este respecto, *La personnification civile des Associations*, por Prins y otros autores, publicación del Instituto Solvay, 1907, y *Domaines respectifs de l'Association et de la Société*, por Henri Hayem, Paris, Rousseau, 1907.

el texto que la albergue, a la par que a los extraños dé seguridades en cuanto a los compromisos contraídos por los socios, y a éstos ampare en la buena fe con que a la vida de la Asociación concurran. Libertadas de las estrechas reglas mercantiles, inadecuadas para las civiles del contrato de sociedad, por cuanto no poseen en común dinero, bienes o industria con ánimo de partir entre sí las ganancias (art. 1.665 del Código civil), mas excesivamente emancipadas con las escasísimas precauciones que, con una finalidad puramente política, tomara el legislador de 1887, hay que moldear el texto que en nuestro derecho encaje y clasifique la mutualidad y la cooperación. El empeño no será insuperable para el gobernante que se lo proponga.

Todo el cuidado estriba en respetar la libertad de la asociación, dando la seguridad, a los que con esas asociaciones para fines económicos se relacionen, de su recto funcionamiento, de la solidez de su constitución, conforme a sus fines, y de la realidad efectiva de las garantías que, según sus variadas aplicaciones, ofrezcan, a cambio de los servicios que demanden o de las obligaciones recíprocas que contraigan.

Y no insistiendo más sobre el particular, por haberlo tratado ya en otras ocasiones, quiero que se me diga si esta multiplicación de las energías individuales, por su unión con las congéneres de profesión, no enfocan en derechura a robustecer el nexo familiar, considerándolo como el nervio de toda reconstitución social ulterior.

IX

Lo que Manrique y mi padre decían en la Introducción de su obra en 1861, hablando de las vinculaciones e hipotecas, podría aplicarse a las incertidumbres que

promueve la socialización del derecho en su aplicación a la familia, a la propiedad y al trabajo. «Esta transición en que nos encontramos—decían—aumenta la dificultad de nuestro trabajo, porque todo lo relativo a las indicadas instituciones, como en lo antiguo se conocían, ni puede considerarse abolido ni vigente; de modo que es preciso explicar qué ha sido, qué es y qué ha de ser.» Ellos se referían al derecho constituído, y yo aludo al constituyente, queriendo, por lo que me atañe, significar el arduo cometido que hubiera para mí supuesto glosar las *Recitaciones* que doy al público, entregando a su dominio un depósito hasta ahora inédito.

Ninguna gloria me alcanza en el trabajo de publicación. Íntegra corresponde y la reservo a D. Ricardo Oyuelos. Nada tengo que decir que no sea conocido de personalidad tan justamente reputada en la rama del derecho civil. El concurso que me ha prestado no sabría mantenerlo oculto, aunque al divulgarlo hiera su modestia excesiva, único defecto que tal vez tenga tan renombrado comentarista. Verdaderamente ímprobo ha sido el trabajo que ha tomado sobre sí, pues que ha leído todo el manuscrito, revisado sus pliegos, compulsado las citas, confrontado las varias divisiones de la obra con el plan que por sus autores se la trazara, y corregido con detenimiento escrupuloso las pruebas. Es, por tanto, el Sr. Oyuelos el verdadero director de la publicación, ofreciéndole, como el galardón que me es más íntimo, el de unir su nombre a este libro, quedando impreso en él, ya que ha sido parte principal, con su ayuda, a resolverme a no diferir por más tiempo un deseo que, por desconfianza en mis medios y vacilación en cuanto a la forma de realizarlo, hubiera continuado sujeto a aplazamientos.

Bien se comprenden estas dudas del espíritu ante el

cúmulo de contradicciones que por doquier le asedian. La pugna se ofrece permanente; la oposición, incesante. De no poseer faro que alumbre la derrota, el riesgo de caída parece inevitable.

Cuatro son los dominios de la vida social, según nos tiene dicho Izoulet: «la vida religiosa, la política, la económica y la doméstica; o, si se quiere, el hogar, el taller, el foro y el templo». «En cada una de estas cuatro sociedades particulares, que integran la general, vemos dos términos en presencia:

Dios y la Naturaleza;
El Gobierno y la nación;
El proletariado y el asalariado;
El hombre y la mujer.

Se cree por muchos que el cambio que se opera va a producir la revuelta de la Naturaleza contra Dios, del pueblo contra el príncipe, del obrero contra el patrono, de la mujer contra el hombre.»

Izoulet entiende que en cada uno de aquellos cuatro términos antiguos hay un alma de certeza y de legitimidad indestructibles. Y si los otros cuatro términos han adquirido conciencia de sí propios, su resurgir psíquico engendrará otro jurídico, y la reciprocidad de deberes reemplazará al aislamiento de derechos, lo cual supone que los cuatro contratos sociales, de unilaterales se conviertan en bilaterales.

En el fondo viene a demostrar lo transcrito que la vida es armonía moral, bajo corteza de apasionamientos, y que las grandes verdades eternas se fortifican con los avances del pensamiento humano, que en el orden de la ciencia, como en el de la riqueza, descubre a diario aplicaciones nuevas a la actividad del hombre y alimento a las necesidades del cuerpo como del espíritu.

Sólo conservaremos el rumbo si tomamos la altura meridiana del sol, que nos dé la latitud del lugar en que nos encontremos socialmente, y ella no será sino el resultado de la proclamación de la unidad de vida y de norma, siquiera sea varia su acción y desenvolvimiento. Por esto, los problemas se eslabonan, y el examen del derecho civil nos remontaría a los primeros orígenes, conduciéndonos después a las últimas consecuencias de la ciencia social toda, cuyo eje, que es la justicia, sintetizaron los padres de la jurisprudencia en la fórmula admirable, por nadie sobrepujada, de «el vivir honesto, el no hacer daño a nadie y el dar a cada uno lo suyo». ¡Planicie dilatada la que ante la vista del ávido de enseñanzas se muestra! Mas, en mi ignorancia, sólo me es dado, ante esa nueva tierra de promisión del derecho, contemplarla desde fuera, sin hollarla con mi planta.

Dios quiso proporcionar el cometido a mis fuerzas, quedando reducido, y yo con ello venturoso, a legar a mis hijos ejemplo de respeto filial, que hoy atraiga sobre mi cabeza la bendición, desde el Cielo, de mi padre y a aquéllos eduque en el santo anhelo de demandar la mía en el mañana.

Luis Marichalar,

Vizconde de Eza.

GENERALIZACIÓN

TÍTULO ÚNICO

De la Justicia y del Derecho.

Definición de Justicia y de Derecho.—División de Justicia: moral y civil; expletrix y atributix; universal y particular; conmutativa y distributiva.—División del Derecho: divino y humano; de gentes o internacional e interior; político, administrativo, civil y penal.—Legislación: Ley, Real decreto, Reales órdenes.—Prácticas: costumbre; interpretación.—Jurisprudencia.—Reglas de interpretación.—Juicios periciales y misión de los jurisconsultos.—Síntesis: objetos del Derecho.

De Justitia et jure, dijo Justiniano, y Santo Tomás, *de jure et justitia:* aquél consideró primero el fin, y éste el medio; tanto lo uno como lo otro constituyen el objeto de la jurisprudencia, si bien el derecho como inmediato y la justicia como final, hasta el punto de que la justicia siempre vendrá a ser la realización del derecho.

Por el mero hecho de considerarlo el derecho común abstracto, se comprende que tomamos la idea en su mayor extensión, constituyéndonos en la necesidad de llegar a su determinación más concreta, procediendo de lo general a lo particular. ¿Qué es, por consiguiente, el Derecho en el concepto indicado? Lo mismo que todas las abstracciones: una idea pura, primitiva, esencial, que por lo mismo no se puede definir; y por si acaso esto parece exagerado, diremos que nadie ha encontrado hasta ahora definición satisfactoria. Cuantos han intentado formarla han incurrido, o

en el inconveniente de obscurecer, buscando la claridad, o en el defecto de restringir la idea, limitando su extensión y llevándola al concreto.

Dicen unos: derecho es el conjunto de las condiciones exigibles, dependientes de la voluntad humana, necesarias para la realización del fin racional del hombre y de la Humanidad. En la idea-condición comprenden la de relación, y, por consiguiente, suponen que el hombre está relacionado con todos y cada uno de sus semejantes, y que en esta relación debe reconocer condiciones tomadas ya en otro sentido que le son obligatorias, exigibles, que sin embargo dependen de la voluntad, es decir, que son libres, y, por los mismo, imputable su práctica u omisión, y que tienen por objeto la realización del fin para que el mismo hombre y la misma Humanidad han sido creados. Con semejante definición, lo mismo que con su explicación, ¿qué es lo que se consigue? ¿Se alcanza la claridad? ¿Se llega a formar un exacto y satisfactorio concepto de la cosa definida? Hasta tal punto creemos que no, que nos parece preferible decir que derecho es derecho, pues la idea en sí es más clara que los medios de explicarla.

Dicen otros: el derecho, en sentido universal, es la razón aplicada a las relaciones naturales políticas y civiles del hombre en la sociedad. Considerado en cada uno de nosotros, es la libertad del hombre en sus relaciones con la ley del deber. Lo mismo aquí que allá, nos encontramos con un cúmulo de palabras que sólo satisface en cuanto aturde o cansa, retrayendo el ánimo de la investigación y obligándonos a concluir con aquello de: «sea enhorabuena, convengamos en la proposición, porque después de la impugnación y defensa nos hemos de encontrar como antes estábamos». Sin embargo, al través de los cristales, que, por diáfanos que sean, su aglomeración no hace más que debilitar la luz, siempre llega a traslucirse, siempre llega a comprenderse, que la idea del derecho no puede concebirse sin las de condiciones exigibles, relaciones con la ley del deber, es decir, que, siempre que se considere al hombre, se tiene que comprender concurriendo en él la facultad de

hacer lo bueno, limitada por el deber de no hacer lo malo; y esto, no sólo, como quieren los unos y los otros, tan sólo relativamente a cada uno de los otros hombres o a la Humanidad en general, sino también considerado el hombre en sí mismo, pues si no con sus semejantes, siempre estará en relación con su Creador. Fuera de la sociedad humana, aun considerado solo en una isla, se encuentra el hombre relacionado con Dios, porque no puede desconocer las condiciones de creador y criatura, y de ellas resultarán facultades y deberes; hasta tal punto, que en esta especialísima situación se conciben mejor los deberes que los derechos, puesto que el beneficio de la existencia le obliga al amor, al reconocimiento, a la sumisión, al servicio de aquel que le ha otorgado el ser.

Los Romanos, en su magnífico lenguaje, expresaban las ideas de derecho y de justicia con las palabras *jus et justitia:* las dos tienen una misma raíz, las dos proceden de otra más sintética, las dos toman su etimología de *jubeo,* mandar; hacían, por consiguiente, consistir el fundamento del derecho en el mandato, y la justicia en la realización de lo mandado. Pero ¿satisface si se quiera llegar al abstracto? No: indudablemente, ellos comprendieron la imposibilidad de alcanzarlo, y se contentaron concretándose. Sin embargo, forzoso es reconocer que todos los que han pretendido más han conseguido menos, y, por consiguiente, que de todo lo que se ha dicho, nada supera ni llega a lo que ellos dejaron consignado. *Jus,* derecho, precepto, mandato, obligación, relación, condición, con referencia al hombre, con referencia a la Humanidad, con referencia a Dios. Si no hay más que considerar, y si todo esto se puede comprender conteniéndose en el concreto y sin remontarse al abstracto, ¿qué necesidad hay de aspirar a lo imposible? Contentémonos con lo que está a nuestros alcances; así, podremos comprenderlo, encontrando en ello la satisfacción que produce el resultado obtenido.

Sentados estos antecedentes y concretando la idea, definiremos el derecho diciendo ser la reunión de principios reconocidos y preceptos establecidos para el bien del hom-

bre y la Humanidad, y la justicia diciendo ser la realización del derecho. Los principios reconocidos pueden reducirse a tres, que son: vivir honestamente, no dañar a nadie y dar a cada uno lo suyo; y aun éstos, bien considerados, tienen el carácter de preceptos, porque están impuestos al hombre por medio de su razón natural, emanada de la Divinidad: el primero se refiere a Dios; el segundo, a todos, en términos generales, a lo que hoy se llamaría Humanidad: el tercero, a cada uno de los que forman el conjunto en particular. La realización de todos y cada uno es debida, y en ella consiste la justicia. Y ¿cómo definiremos esencialmente la justicia? Si queremos llegar a dar la idea clara del abstracto, nos encontraremos con las mismas dificultades que dejamos indicadas respecto del derecho, y, por último, vendremos a parar a que, en sí, la palabra ofrece más claridad que cuantas explicaciones de ella puedan darse. Hemos dicho qué es la realización del derecho: si pudiéramos decir lo que es el derecho en abstracto, sabríamos lo que en abstracto es la justicia; pero habiendo expresado con sinceridad que no llegamos a definir lo que el derecho, en este concepto, es, sinceramente venimos a reconocer que para definir la justicia tenemos que acudir al concreto.

Justiniano la definió diciendo: constante y perpetua voluntad de atribuir a cada uno su derecho. Definición que satisface completamente; porque, sin dejar nada que desear en cuanto a la explicación de lo que debe ser el fin del derecho, enaltece la cosa definida a la categoría de virtud, de modo que, con ella, lo mismo puede explicarse lo que los cristianos tenemos por una de las virtudes cardinales que lo que la jurisprudencia ha de considerar como su único fin.

De esta dualidad nace la primera distinción de la justicia, dividiéndola en *moral* y *civil*. Entiéndese por justicia moral la que hay que considerar como virtud, según la consideró Justiniano y según la considera la ley 1.ª, título I, parte 3.ª, diciendo: «Ser raigada virtud que dura siempre en las voluntades de los hombres justos e dá e compar-

te á cada uno su derecho egualmente.» Porque si la justicia es virtud, o, lo que es lo mismo, constante y perfecta voluntad, es preciso, al considerarla, elevarse al terreno de la moralidad de las acciones; mas si, por el contrario, nos contentamos con atender a lo externo de las mismas para examinar si están o no conformes con el precepto, tendremos que nuestro objeto se limita a lo que con todo rigor puede llamarse justicia civil, en cuyo concepto podrá definirse: la conformidad de las acciones externas a las leyes, de modo que a nadie se dañe y a cada uno se dé lo suyo.

Para determinar otra distinción, se divide también en *expletrix* y *atributix*. Ya hemos dicho que el hombre, como criatura, no puede menos de considerarse ligado a su creador; al hacerle el inmenso bien de la existencia y de la razón, le ha impuesto deberes que cumplir respecto al que lo ha creado, a sí mismo y a sus semejantes, todos igualmente sagrados, porque todos emanan de la misma voluntad que los produce, aunque por su objeto deban sujetarse a su respectiva graduación, pero que, al considerar la extensión de cada uno de ellos, no puede menos de admitirse la distinción de que, respecto a su cumplimiento, sólo hasta cierto punto alcanzan los medios humanos para poderlos exigir y hacer efectivos. Aquellos a cuyo cumplimiento el hombre puede ser obligado por medios humanos y materiales se llaman deberes perfectos, e imperfectos los demás. Comprende la justicia *atributix* los deberes imperfectos, aquellos que están impuestos a la Humanidad en general, que a todos se pueden pedir, pero cuyo cumplimiento a nadie, en particular, se puede exigir, como el de dar limosna al pobre y enseñar al que no sabe; y son objeto de la *expletrix* los deberes perfectos, aquellos cuyo cumplimiento, ya con arreglo a las leyes humanas, ya con arreglo a las divinas, puede efectivamente exigirse.

Para mayor explicación en este punto acudiremos a los tres ya indicados principios o preceptos de derecho: vivir honestamente, no dañar a nadie y dar a cada uno lo suyo. El primero corresponde a la justicia *atributix*, por su misma generalidad, porque mientras no haya actos u omisio-

nes que manifiesten su infracción a la realización de su cumplimiento, es imposible aplicar ninguna fuerza coercitiva. Los otros dos corresponden a la justicia *expletrix*, porque con leyes preceptivas o penales se puede conseguir que nadie dañe a otro y que a cada uno se dé su derecho.

Esta distinción ha sido muy impugnada, y con fuertes razones, si bien, en nuestra opinión, no con las suficientes para que deba ser desechada; es cierto que llega al imposible determinar la línea divisoria de los dos conceptos que se comprenden en el segundo miembro de la división, al sentar que hay deberes imperfectos: hemos dicho que son los que se pueden pedir y no se pueden exigir; con poca extensión que se dé a esta idea, como es tanta la que tiene la facultad de pedir, vendríase a parar que nada podría eximirse de la idea del deber, aunque imperfectamente. Se supone explicado el concepto con el ejemplo de la caridad: dar limosna al pobre, enseñar al que no sabe, se llaman deberes imperfectos; pero ¿cuándo lo serán? Sólo puede contestarse esta pregunta diciendo: cuando lo sean, porque ni aun supuesta la idea de imperfección en el deber puede suponerse el hombre en el de dar siempre limosna al pobre y en el de enseñar siempre al que no sabe. La distinción, por lo tanto, es difícil de determinar, pero en manera alguna debe rechazarse, porque tal vez deba considerarse como la forma que los paganos dieron, dentro de la ciencia del derecho, a la verdadera caridad, que los cristianos debemos llevar a todas partes como una virtud teologal, y, sobre todo, porque el hombre debe siempre tener presente que hay un ser superior a la misma Humanidad, que con él está relacionado, y que por él debe hacer más que lo que la misma Humanidad puede exigirle.

Otra de las divisiones de la justicia, por algunos admitida, es la de *universal* y *particular:* dicen ser la primera la que comprende todas las acciones, y la segunda la que se concreta a una; pero esto, más que división de la justicia, puede ser, en realidad, medio de graduación de los hombres justos, pues el que lo sea respecto de unas cosas, y no de otras, merecerá más el calificativo. Por último, distínguese

también la justicia dividiéndola en *conmutativa* y *distributiva:* la conmutativa atiende a las cosas, sin consideración a las personas. La distributiva, para las cosas toma en cuenta las circunstancias personales. La primera, considerando sólo las cosas, iguala las personas; por ejemplo, lo mismo vende el mercader los objetos de su comercio al pobre que al rico, porque sólo atiende al precio y a la cosa. La segunda, considerando para las cosas las circunstancias personales, no da mandos al idiota, destituído de todo merecimiento; no exige fuerzas al débil, ni discernimiento al niño.,

Dada la idea de la justicia, tanto en su generalidad como en las diferentes modificaciones del concepto que se explican por medio de las expuestas distinciones, con facilidad y claridad podrá comprenderse la fórmula científica de que la jurisprudencia tiene por objeto el derecho, cuyo fin es la misma justicia, viniéndose a parar en que todos los afanes del jurisconsulto tienen que dirigirse a conocer el derecho para realizarlo. Pero siendo, como es, tan grande la extensión de esta sublime ciencia, preciso es empezar ya a procurar determinar cuál es la singular parte que, de las que componen su conjunto, tiene que constituir el objeto especial de nuestra obra, y para ello distinguirla con toda precisión por medio del conducente análisis. Hemos considerado el derecho en su conjunto; procedamos, por consiguiente, y para realizar nuestro propósito, a examinar sus diferencias o distinciones.

Se divide, en primer lugar, el derecho, por razón de su origen, en *divino* y *humano:* el divino es el establecido por Dios; el humano, el establecido por los hombres. Dios, Supremo Hacedor de todo lo creado, ha establecido reglas precisas e inmutables a las cuales se encuentra sujeto todo lo que emana de su divina voluntad: reconocido este principio y tomada la palabra derecho divino en su significación más lata, sin violencia puede aceptarse la definición de ser el conjunto de reglas que Dios ha establecido para que por ellas se rija todo lo creado, de modo que, en este concepto, de derecho divino será la ley de atracción o

gravitación universal a la que se encuentran sujetos todos los cuerpos de la Naturaleza, la de refracción del flúido luminoso, la de la propia conservación de todos los animales racionales e irracionales; pero, concretando esta idea general, para referirlo al hombre, como único ser racional capaz de admitir preceptos sin contrariar su libre albedrío, distinguiremos el derecho divino, tomando la división de los medios de promulgación, en natural y positivo.

Injusto sería que se obligara a cumplir un precepto que fuera desconocido; la notificación de la ley, por consiguiente, es lo que se entiende por promulgación. Dios, al crear al hombre, hizo un animal racional, sujeto, en cuanto a lo primero, a todas las leyes físicas comunes a los demás animales, elevándolo, por la segunda cualidad, a ente de razón, asimilándolo de este modo a la misma naturaleza del Creador: esa razón de que le envistió comprende en sí misma la promulgación de la ley natural, a la que el hombre está sujeto, al mismo tiempo que facultado de libertad, a diferencia de los irracionales, que, careciendo de esa libertad, o, lo que es lo mismo, del libre albedrío, no obedecen a razón, sino a instintos, por lo que, en el verdadero sentido de la palabra derecho, son incapaces de él; así es que el derecho natural podrá definirse diciendo ser el que Dios ha enseñado o promulgado al hombre por medio de su recta razón.

No era suficiente ésta para enterar al hombre de algunos preceptos de la Divinidad, que el Creador quiso que conociera más concreta y específicamente, y éstos los promulgó por medios más materiales, cuales son los de la revelación, que es la que ha venido a constituir el derecho divino positivo, transmitiéndose en las sagradas escrituras y tradiciones. Este derecho divino positivo forma el objeto esencial de las ciencias teológicas, y preceptivamente se desarrolla en el derecho canónico, que es el que la Iglesia ha explicado y establecido para regirse en lo interior y dirigir sus relaciones exteriores. Dícese que ha explicado y establecido, distinguiendo de este modo lo dogmático de lo disciplinal. Lo primero no puede ser establecido por la

Iglesia, está determinado por Dios; sin embargo, Dios mismo concedió a la sociedad, que establecía, por medio de sus legítimos representantes, la facultad de decidir acerca de las dudas que pudieran suscitarse, y perfectamente se exprime en la definición este concepto con el verbo explicar. Los puntos de dogma, por consiguiente, no se establecen: se explican, se declaran o sobre ellos se decide, cuando sobre ellos se duda. Por el contrario, la institución de la misma sociedad dejaría de ser perfecta si entre sus facultades no se comprendiera la de establecer reglas conducentes a cubrir sus necesidades y atender sus utilidades en todo aquello que, por lo mismo que no es sustancialmente fundamental, debe considerarse de orden secundario y sujeto a las vicisitudes, circunstancias contingentes de la misma sociedad. Por eso es indispensable que la Iglesia tenga la facultad que se determina en la segunda parte de la división; por eso es indispensable que la Iglesia tenga un jefe, una cabeza que la rija en lo interior y la represente en lo exterior, con absoluta libertad e independencia de todo otro poder humano. El derecho canónico, por lo tanto, para nosotros los cristianos está comprendido esencialmente en el derecho divino, pues aun en la parte en que tiene que considerarse establecido por los hombres se eleva sobre lo humano, tomando el carácter de religioso.

El derecho humano, como ya dejamos dicho, es el establecido por los hombres, y su primera división consiste en considerarlo relativamente a unas con otras naciones o Estados, a cada nación en particular. Al primero llamaron los antiguos *derecho de gentes,* y los modernos le llaman *internacional;* el segundo se llama *derecho interior.* El de gentes, o internacional, se divide en primario y secundario: entiéndese por primario aquellos principios de eterna justicia, que no pueden menos de tomarse por preceptos, emanados inmediatamente de la equidad o del derecho natural, de modo que podrá definirse diciendo que es el mismo derecho natural aplicado a las relaciones en que necesariamente tienen que estar constituídos los Estados entre sí. El derecho de gentes, o internacional, secundario es el que

en las naciones, unas con otras, se establece para sus mutuas relaciones por medio de contratos o tratados.

Desde luego se ve que la diferencia esencial entre uno y otro se toma de su origen, sin que por esto dejen de ser exigibles los efectos que cada uno de ellos debe producir, si bien los del primero nunca pueden ser tan concretos como los del segundo. Sírvanos un ejemplo para aclarar más estas ideas: llega un buque, arrojado por una tempestad, a las playas de una nación que ninguna clase de relaciones tiene con aquella a la que el buque pertenece, y en lugar de ampararlo, concediendo al buque puesto y auxilio a sus tripulantes, quema al uno y mata a los otros; sin necesidad de pactos preexistentes, la nación, ofendida con el daño causado a sus súbditos, podrá legítimamente pedir satisfacción de la injuria e indemnización de perjuicios en virtud del derecho de gentes o internacional primario. Por circunstancias especiales de estar una nación en guerra, o bajo el peso de cualquier otra calamidad, necesita los auxilios de sus aliados: existen tratados en los que, previendo el caso, se hayan concertado obligaciones recíprocas: conforme a esos tratados podrá exigir esos auxilios en virtud del derecho de gentes o internacional secundario.

El derecho interior, que, según dejamos indicado, es el que cada nación establece relativamente a sus propios y peculiares negocios, se divide, por razón de la materia, *en político, administrativo, civil y penal*. Decimos que esta división que se hace del derecho interior de cada nación toma su origen de la materia a que se refiere cada una de las partes, y, efectivamente, se llama *derecho político* la reunión de principios y preceptos que, de cualquiera modo que estén reconocidos y establecidos, tienen por objeto la constitución de las naciones como cuerpos legales, sociales y hasta materiales. Comprenderá, por consiguiente, todo lo que concierna a la organización de los Poderes públicos, al modo de funcionar en sus diferentes atribuciones, a la extensión y restricción de sus límites y a todas las instituciones que, comprendidas de un modo general, sirven para el régimen interior del pueblo, nación o Estado de que se

trate. Dentro de este derecho cabe todavía otra división, que consiste en considerarlo fundamental y orgánico, que también se llama secundario. Entiéndese por fundamental la reunión de principios reconocidos como innegables e inmutables, que forman lo que más concretamente se llama constitución, y se llama orgánico o leyes secundarias las que se establecen para desarrollar y practicar inmediatamente los principios fundamentales. Gran dificultad se encuentra, cuando se llega a la práctica de esta diferencia, en poder fijar la línea divisoria; pero como nuestro objeto no es el escribir un tratado de derecho público, prescindiremos del examen de las grandes cuestiones que de ellos se originan, y, como suficiente a nuestro propósito, presentaremos un ejemplo sencillísimo para explicar el concepto en lo que baste a nuestro objeto. En una nación regida por un sistema representativo, como le sucede a España, será un principio de derecho público fundamental el que los pueblos deban estar representados por los diputados que ellos mismos elijan, y que se reúnan en Cortes, y será una ley secundaria o de derecho orgánico la que determine el modo de hacer la elección.

Llámase *derecho administrativo* la reunión de principios y preceptos establecidos para regir las relaciones existentes entre el Estado, tomado en su conjunto, o como sociedad, y cada uno de los individuos que lo componen, o, si se quiere de otro modo, entre el Gobierno y los gobernados. Uno de los ejemplos más prácticos y luminosos que pueden presentarse para explicación de esta idea es lo que se encuentra en cada nación preceptuado respecto de la expropiación forzosa por causa de necesidad o utilidad pública. El derecho de propiedad es uno de los más sagrados que hay que conceder al hombre; sin embargo, cuando se encuentra en oposición con otras cosas de tanto o más elevada esfera, es indispensable que ceda a su contrario. Si, pues, una nación se encuentra en necesidad de atacarlo, o en circunstancias tales que, aunque no la constituyan en necesidad, haya de reportar de ello una conocida utilidad, fundándose en el principio de que la utilidad general debe

preferirse a la particular, de que el interés particular debe ceder siempre al general, la nación, el Gobierno, la Administración, que también tiene este nombre, aunque modernamente establecido, podrá expropiar al particular de sus cosas. Las reglas que se establezcan acerca de esta materia, los preceptos que se sancionen para proceder en ella procurando la justicia, como que versan sobre las relaciones e intereses existentes entre el Gobierno y los gobernados, indudablemente deberán aplicarse al grupo o reunión de los que constituyen el derecho administrativo.

Derecho penal es el que tiene por objeto garantizar a la sociedad y a los individuos que la componen contra los perjuicios y menoscabos que se les pueden causar con la perpetración de los delitos; es, por consiguiente, la garantía de todos los demás. Conocido y determinado lo que a todos y cada uno corresponde y pertenece, y lo que, por lo tanto, es preciso atribuirles, no puede menos de reconocerse, al mismo tiempo, que la realización del concepto puede ser perjudicada o menoscabada contra derecho injustamente. Para evitar este mal es preciso establecer otro que aparezca siempre correlativo, y de modo que el que cause el primero se exponga al segundo: el mal establecido por el derecho para que deba sufrirlo el que obra contra el derecho es lo que jurídicamente se llama pena; por manera que las penas establecidas contra los delincuentes vienen siempre a producir las garantías conducentes a la seguridad de los derechos, a su realización y sostenimiento, y de este modo, por consiguiente, a la justicia.

Llegamos, por último, al *derecho civil*, que debemos considerar como el principal miembro de la división, por lo mismo de ser el que principalmente constituye el objeto de nuestro trabajo. Con referencia a él, por lo tanto, examinaremos y explanaremos las ideas generales que venimos enunciando, y que, si bien son comunes a todos los demás, formando, por decirlo así, el género, es indispensable que siempre aparezcan a la vista para notar la diferencia. Así seguiremos constantemente nuestro método, procediendo de lo general a lo particular, y, en este con-

cepto, definimos el derecho civil diciendo ser la reunión de principios reconocidos y preceptos establecidos para regir las mutuas relaciones de las personas y atribuir a cada una lo que le pertenece, definición en la que, desde luego, aparece la explicación de la cosa por medio de la exposición del género próximo y la última diferencia. El género consiste en ser el derecho civil, como todos, reunión de principios reconocidos y preceptos establecidos; la diferencia, en concretarse su objeto al conocimiento y determinación de las mutuas relaciones de las personas, de modo que a cada uno se dé lo que le corresponde. Pero por muy perfecta que nos parezca esta definición, no podemos dejar de reconocer la necesidad de justificarla explicativamente, fijando el concepto en que tomamos cada uno de sus términos.

Decimos, en primer lugar, reunión de principios reconocidos y preceptos establecidos. Aunque estos conceptos, como genéricos, los tenemos ya explicados al considerar el derecho en general, conviene presentarlos con toda distinción. En el derecho civil ya concreto se reconocen principios, axiomas, reglas generales que, aunque todas pueden refundirse en los tres principios o preceptos que dejamos consignados, se formulan de un modo más determinado para poder acudir a ellas más próximamente en los casos de aplicación. Los pactos deben ser cumplidos; nadie debe enriquecerse a perjuicio de otro; indudablemente, están comprendidos en los de vivir honestamente, no dañar a nadie y dar a cada uno lo suyo, pero que, así como otros muchos, se toman directamente como reglas aplicables a la determinación de los casos y supuestos. Conviene, sin embargo, advertir que en la ciencia aparecen muchos, que se presentan como axiomas, que suelen ser reconocidos como tales, y que, lejos de serlo, son más bien falsas proposiciones, ocasionadas al error. En distinguir lo verdadero de lo falso consiste precisamente el perfecto conocimiento, la ciencia; este debe ser, por consiguiente, el afán, el trabajo, del hombre científico, pues sólo distinguiendo los verdaderos principios de los que no lo sean podrá realizar el fin

propuesto, conseguir el conocimiento de lo justo y realizarlo. Respecto de los preceptos, es también preciso investigar, examinar su verdadera significación, sin dejarse llevar, en su interpretación y calificación, por las primeras impresiones, porque es necesario tomar muy en cuenta, en primer lugar, que los medios de expresión, como materiales, son siempre más imperfectos que lo intelectual, que la idea que con ellos se manifiesta, y que, a veces, el precepto se tacha porque el que lo considera deja de comprender en su especulación alguno o algunos de los supuestos que ha tenido presentes el que lo ha dictado. Sin estos exquisitos cuidados, si en lo más mínimo se prescinde de este laborioso modo de proceder en la consideración de los principios reconocidos y preceptos establecidos, es imposible el conocimiento del derecho y su consiguiente realización.

Hacemos consistir la diferencia del derecho civil en ser su objeto las relaciones mutuas personales, y es preciso fijar también en qué sentido se toma al efecto la palabra persona. No se limita el concepto al individuo, sino que se extiende a todo lo que tiene representación propia, bien sea una corporación o cualquiera otra especie de sociedad. Entre estas entidades pueden existir, y efectivamente existen, tratos y contratos, transacciones y concesiones sobre distintas clases de bienes cuya pertenencia haya que determinar, y todas ellas, bajo este supuesto, están dentro del derecho civil. Una corporación, un pueblo, una provincia, puede disputar acerca de la inteligencia de un contrato con un particular, con otra corporación, con otro pueblo, con otra provincia, lo mismo que los individuos disputan entre sí, y también sobre la extensión de una finca, propiedad de un terreno o cualquiera de otras acciones que el derecho tenga que garantir o realizar; y en este caso, y en todos los de igual naturaleza, por los principios y preceptos que el derecho civil reconoce y establece, deben decidirse las contiendas suscitadas, debe realizarse la justicia. La nación misma, en su conjunto, está sujeta dentro de la esfera de este mismo derecho cuando quiere establecer o ventilar relaciones ya establecidas con los particulares, y en el

círculo del derecho civil obra, por ejemplo, cuando vende una finca de las que se llaman bienes nacionales, o cuando pide la restitución de un contrato por el cual supone haber sido perjudicada, determinándose así, aun dentro de esta misma suposición, la línea divisoria entre el derecho administrativo y el derecho civil.

Concretada ya de este modo la materia objeto de esta obra, determinados ya sus límites, podemos volver al terreno de la generalización, si bien siempre por el mismo método establecido. El derecho, por razón de su origen, se divide en legislación y prácticas: comprendemos bajo el nombre de legislación todo lo que está reducido a precepto escrito, como emanación de la voluntad de aquel en quien reside la facultad de preceptuar, y entendemos por prácticas aquellas reglas que hay que reconocer con fuerza determinativa y que suplen el defecto de la legislación. Ésta la consideraremos dividiéndola en ley, real decreto y real orden.

Ley.—Muchas y diversas definiciones se han dado de la ley, consistiendo la diversidad en la diferencia de los conceptos en que se toma la materia de que se trata o la cosa definida. Expondremos primero, aunque brevemente, lo que la ley debe ser, conforme a los principios de la sana moral, de la verdadera filosofía, por los cuales el legislador debe regirse al establecerla, y, pasando después a examinarla en el terreno práctico, podremos llegar a fijar la idea de lo qué en España debe tenerse por tal. En el primer concepto, la definición que más nos satisface es la que Santo Tomás comprende en estos términos: *Rationis ordinatio, ad bonum commune ab eo qui curam communitatis habet promulgata*. Copiamos el texto latino para que la idea no pierda nada de su integridad, reconociendo que, por mucho que se trabaje para encontrar una perfecta traducción, siempre ha de resultar en más o menos perjudicado el concepto, por lo que sólo con esta salvedad nos atrevemos a traducirla diciendo: la ley debe ser la ordenación de la razón dirigida al bien común, promulgada por el que tiene el cuidado de la comunidad. Un completo tratado de filo-

sofía del derecho podría escribirse sin más que comentar todo lo que de sublime encierran estas sencillas palabras: Pero el acometer este trabajo nos desviaría del fin que nos hemos propuesto; lo creemos, además, superior a nuestras fuerzas; nos limitaremos, por lo tanto, a llamar la atención sobre lo más notable de los conceptos: *rationis ordinatio*. Es decir, que sin razón no puede haber ley o precepto que merezca tal nombre, y que debe ser siempre, no sólo deducido de la razón, sino de tal modo establecido y ordenado, que se dirija a la misma razón y al bien común, *ad bonum commune*. Promulgada por el que debe cuidar de la comunidad, ¡qué idea tan luminosa! Para fijar el fundamento esencial de los derechos y obligaciones de los gobernantes, se les concede, se les supone, la facultad de legislar, en cuanto tienen el deber de procurar el bien de los gobernados.

Pero abandonemos, aunque con sentimiento, este delicioso jardín, puesto que no nos es dado más que desflorarlo, y pasemos a examinar la ley en el segundo de los dos conceptos que dejamos indicado, diciendo sea la voluntad del sumo imperante promulgada a sus súbditos con ánimo de obligar. Ha de haber en el legislador voluntad, con lo que, desde luego, se rechaza que deba tomarse por ley lo que establezca sin plenitud de juicio o sin libertad; ha de tener además ánimo de obligar, pues aun dada la voluntad, su manifestación, si no es obligatoria, no podrá tener carácter de ley. Acudamos, para la explicación de esta idea, a un ejemplo: considera un sumo imperante el lastimoso estado en que se encuentra una ciencia, y por un acto público expresa su voluntad de que se estudie fundamentalmente, excitando el celo de los profesores de la misma a que escriban obras o practiquen otras clases de trabajos conducentes al deseado objeto: habrá voluntad, habrá manifestación dirigida a los súbditos, pero faltará el ánimo de obligar, y el acto, por falta de este requisito, nunca podrá calificarse de ley.

Pero es preciso no confundir esta idea con otra de la cual emana la distinción de poder ser la ley preceptiva,

prohibitiva y permisiva. Llámase preceptiva la que establece lo que se debe hacer; prohibitiva la que veda lo que se debe evitar, y permisiva la que deja de hacer o no hacer aquello que le sirve de objeto. Todas ellas llevan en sí la calidad de obligatorias, porque todas constituyen derecho, y las ideas de derecho y obligación son tan correlativas, que es imposible concebir la una sin la otra. Respecto de las preceptivas y prohibitivas, el concepto se presenta claro y terminante, porque, desde luego, se comprende que del mismo modo hay obligación de hacer lo que las unas mandan que de omitir lo que las otras prohiben. Mas respecto de la tercera clase surge al momento la duda u objeción de que si son permisivas, si está en la facultad de aquel que se encuentra dentro de su esfera el hacer o no aquello a que se refieren, falta en ellas la condición obligatoria. La objeción se destruye, la duda se desvanece, con sólo considerar que de la misma libertad en que está la persona a la cual el concepto se refiere de hacer o no hacer se produce en los demás la obligación de respetar su voluntad. La ley, por ejemplo, hace obligatorio un cargo hasta la edad de setenta años, y prohibe que lo ejerza al que haya cumplido ochenta: el que se encuentre entre estos dos términos, podrá eximirse, remitiendo su cumplimiento a otro que, a consecuencia de la ley permisiva, resultará obligado.

La ley, para que lo sea, ha de emanar del sumo imperante, de quien tenga potestad de legislar; es preciso, por consiguiente, explanar este concepto para llegar a fijar a quién, en España, pertenece esta suprema atribución, si bien tengamos que entrar para ello en el terreno del derecho público. La teoría de los gobiernos representativos se explica distinguiendo tres poderes, con las denominaciones de legislativo, ejecutivo y real; esta división no deja de tener sus impugnadores, pues otros quieren sostener como más filosófica la que consiste en considerar el poder dividido en legislativo, ejecutivo y judicial. Lejos de nuestro propósito está el escribir un formal tratado de derecho público: excusamos, por lo tanto, ocuparnos con detención

acerca de este punto; pero no podemos prescindir de indicar nuestra opinión, de presentar la que nos parece más aceptable. Nosotros creemos que ni existen ni pueden existir más que dos poderes, que son: el legislativo y el ejecutivo, porque todo lo que se haga y pueda hacerse para legislar, gobernar y administrar estará reducido a establecer lo justo y a ejecutar lo establecido. El poder legislativo en España reside en las Cortes con el rey: las primeras, aprobando los proyectos, proponen; el segundo sanciona y promulga las leyes (artículos 12 y 44 de la Constitución) (1). El poder ejecutivo emana esencialmente del rey, que decreta todo lo concerniente a la ejecución de las leyes y nombra con arreglo a las mismas todos los empleados de la nación, incluso los que constituyen el orden judicial (artículos 43 y 45 de la misma Constitución). El rey, por consiguiente, por sí solo, no constituye un verdadero poder, porque ni es el legislativo, en atención a que para su ejercicio necesita la concurrencia de las Cortes, ni es el ejecutivo, porque por sí, directa e inmediatamente, no ejecuta, y sí sólo hace ejecutar, mediata o indirectamente, por medio de las personas que al efecto nombre. Conforme con esta doctrina se halla el citado art. 43, que dice: «La potestad de hacer ejecutar las leyes reside en el rey» (2). No dice la facultad de ejecutar, y el art. 66 declara «que a los Tribunales y Juzgados pertenece exclusivamente la potestad de aplicar las leyes en los juicios civiles y criminales, sin que puedan ejercer otras funciones que las de juzgar y hacer que se ejecute lo juzgado» (3). Mas como los Tribunales y Juzgados reciben estas facultades directamente del rey, de todo ello viene a resultar que por sí mismos no pueden considerarse poder, y que el rey, tanto en el legislativo como en el ejecutivo, no es, por decirlo así, la línea, pero sí el punto necesario para su formación; en este concepto, por lo tanto, se admite la denominación de poder real.

---

(1) Artículos 18 y 51 de la vigente de 30 de junio de 1876.
(2) Artículo 50 ídem.
(3) Artículo 76 ídem.

Con estos supuestos podemos ya fijar la idea comprendida en la fórmula sumo imperante, determinando que en España lo es el poder legislativo, según queda explicado, y pasar a la explanación de otrò concepto comprendido también en la definición como esencial. Ya hemos dicho que por tal se entiende la notificación de la ley para que sea cumplida. Esta es otra de las atribuciones del poder real, en concurrencia con las Cortes, para formar el legislativo. Después de sancionar lo que las Cortes han aprobado y presentado a nombre del rey, se le da publicidad, y hasta que se cumple este solemne requisito, lo determinado no adquiere fuerza obligatoria. La promulgación debe hacerse dando lectura de la ley ante los Cuerpos Colegisladores, pero según el decreto de las Cortes de 28 de noviembre de 1837, las leyes y las disposiciones generales del Gobierno son obligatorias, para cada capital de provincia, desde que se publiquen oficialmente en ella, y desde cuatro días después para los pueblos de la misma provincia (1). Y según la real orden de 22 de septiembre de 1836, reproducida en 4 de mayo de 1838, todos los reales decretos, órdenes e instrucciones del gobierno que se publiquen en la *Gaceta* de la corte, son obligatorios, desde el momento de su publicación, para toda clase de personas, en la Península e islas adyacentes.

Del indispensable requisito de la promulgación, indeclinablemente se deduce la teoría de que la ley siempre tendrá que ser para lo futuro, que con ella se constituye su presente, y nunca para lo pasado, porque si hasta que se promulga no existe, en lo que ha sucedido nada puede influir lo no existente. Esta doctrina se expresa por medio de la fórmula de que las leyes no pueden tener efecto retroactivo; sin embargo, nada hay absoluto, y por más extensión que al axioma quiera darse, forzoso sería admitir al-

(1) Con arreglo al art. 1.° del Código civil, las leyes obligan, en el territorio peninsular e islas adyacentes, a los veinte días de su promulgación, si en ellas no se dispusiere otra cosa.

guna limitación. ¿En qué, pues, deberá consistir ésta, dentro de la justicia y de la moralidad? En que nunca se conceda a las leyes efecto retroactivo perjudicial. El principio, con más o menos latitud y determinación, está reconocido en todos nuestros códigos; su limitación es de razón natural, y, por lo mismo, por más que el art. 9.° de la Constitución dice que ningún español puede ser procesado ni sentenciado sino por el juez o Tribunal competente, en virtud de leyes anteriores al delito, y en las formas que éstas prescriban (1), en cuantas leyes penales con posterioridad se han promulgado se ha establecido el precepto de que sus determinaciones, en lo que resultaren beneficiosas, se apliquen a los reos por delitos perpetrados antes de la promulgación (2). Una vez promulgada, la ley obliga, sin que su ignorancia excuse, axioma que tendremos ocasión de explicar y determinar concretamente al derecho civil cuando lleguemos a ocuparnos de las obligaciones que producen los hechos ilícitos.

Hemos, por último, usado en la definición la palabra súbditos, diciendo que a ellos y para ellos debe hacerse la promulgación. Tal vez haya alguno que intente tacharla por depresiva, suponiendo que no puede admitirse en un sistema liberal: la creemos, sin embargo, completamente inocente, y mucho más técnica y significativa que la de ciudadanos, pues emanando, como emana, del verbo *subjitio,* da perfecta idea de la obligación de sujetarse al precepto, determinando, por lo tanto, que la ley obliga a todos y sólo a aquellos sobre quienes se extiende el poder legislativo, por lo que los tratados internacionales, para que sean obligatorios, recíprocamente, entre los ciudadanos de diferentes naciones, tienen que ser promulgados como leyes en cada una de ellas.

Real decreto.—Bajo esta denominación comprendemos todas las determinaciones del poder real, referentes al eje-

(1) Artículo 16 de la vigente.

(2) Artículos 22 y 23 del Código penal vigente.

cutivo, a la realización de lo establecido por las leyes, directa e indirectamente. Conocida ya la división de los poderes, no se necesita más para comprender exactamente esta definición, y por si cabe alguna duda acerca de su última parte, entiéndase que se dice directa o indirectamente para expresar que por los decretos no sólo se establecen las reglas de ejecución, sino los nombramientos de las personas, que por este medio adquieren la investidura de concurrir al poder ejecutivo con verdadera jurisdicción e imperio, que consisten: la primera, en juzgar y sentenciar, y el segundo, en hacer cumplir lo sentenciado, en juzgar y hacer que se ejecute lo juzgado, lo que más expresamente hemos visto determinado en la Constitución y en su art. 66 respecto del orden judicial. Por ambas razones, hay que considerar los reales decretos como parte de la legislación, y, en cuanto a ella se refieran, como parte de la civil.

Reales órdenes.—Llámanse así las determinaciones del gobierno comunicadas a sus dependencias, y también a las personas o particulares, relativas a las resoluciones de los expedientes de gobierno o administración. Tomando en otro sentido la definición, podrá decirse simplemente que las reales órdenes son los medios de comunicación, por parte del gobierno, con sus dependencias, personas o particulares, relativas a la resolución de los negocios que median entre ellos. Como estas resoluciones causan cierto estado en los negocios, y como de la consideración de estos estados pueden originarse derechos o acciones que ejercitar, hay necesidad de comprenderlas entre lo que se entiende por legislación. La mayor parte de las veces corresponden al derecho administrativo, en su origen y resultados, pero como esto tiene algunas excepciones, y otras, aunque pocas veces, llega a entrar lo que en ellas se determina en la esfera del derecho civil, es indispensable el hacer mención de ellas, cuando menos, para definirlas y explicar su definición.

Antes de concluir con la explicación de lo que comprendemos bajo el nombre de legislación, cumple decir algo acerca de lo que se ha entendido y se entiende por privile-

gio. La legislación y todo lo que concierne al derecho civil debe llevar en sí el carácter esencial de generalidad, de comprender a todos los ciudadanos con perfecta igualdad en todo lo que concierne a sus relaciones, porque es un principio reconocido el de la igualdad ante la ley, consignado implícitamente en varios artículos de la Constitución. Sin embargo, por mucho tiempo se ha reconocido la existencia de privilegios que podían definirse diciendo ser unas leyes especiales que establecían exenciones en favor de alguna persona, clase o corporación, por ejemplo, la de no ser preso por deudas, privilegio de que disfrutaban los nobles. En este sentido, estas clases de exenciones, estos privilegios, han concluído, pero se conserva todavía la palabra en un uso constante y representando una idea que aunque distinta, en la esencia, de la que antes representaba, por los resultados tiene con ella alguna analogía, de modo que, no sólo sin violencia, sino hasta con exactitud, pueden expresarse con la misma palabra, y, efectivamente, con ella se expresan, las concesiones que hace el gobierno dentro del derecho administrativo para que las personas o particulares ejerzan, con facultad exclusiva y prohibitiva, ciertas y determinadas industrias, manufacturas o cualesquiera otras negociaciones que puedan producir utilidad.

Dentro de este círculo se comprenden los privilegios de invención, los estudios de proyectos de obras públicas y otros cuya numeración completa es absolutamente imposible. Respecto de ellos, no obstante su carácter de especialidad, se encuentran reunidas todas las demás circunstancias necesarias para que sean comprendidos en lo que se entiende por legislación, pues llevan en sí la fuerza obligatoria, que hace que deban ser respetados por todos en favor del privilegio. Indudablemente, giran en la esfera del derecho administrativo, pero como el que los obtiene, si algún otro trata de menoscabarlos, puede defenderlos, usando acciones civiles ordinarias, es indispensable comprenderlos también dentro de la legislación civil.

Examinado y expuesto todo lo concerniente a la primera parte de la primera división que se hace del derecho

civil, o sea la legislación, entramos en la segunda, que hemos comprendido bajo la palabra prácticas, entendiéndose por ella el derecho que resulta de la significación que se da a la legislación cuando se trata de aplicar. Subdividiremos esta segunda parte del derecho en otras dos, bajo la denominación de costumbre e interpretación, confesando, desde luego, que a esta subdivisión puede faltarle algún grado de exactitud, como después expondremos, pero que, sin embargo, nos hemos atrevido a hacerla por creerla, no obstante, muy explicativa.

Definimos la costumbre diciendo que es el derecho introducido legítimamente por la repetición de actos uniformes consentidos por el legislador. Su necesidad es incontestable con sólo considerar que la legislación, por más general o casuísta que sea, no puede llegar a comprender, ni todas las circunstancias, ni todas las modificaciones que pueden existir en las relaciones de los hombres, y, por consiguiente, que es preciso acudir a las prácticas observadas en casos enteramente iguales o íntimamente semejantes. Pero para que el derecho consuetudinario tenga la misma fuerza que la legislación es preciso probar que concurran las circunstancias necesarias para que deba reconocerse que existe verdadera costumbre.

La ley 5.ª, título 2.º, Partida 1.ª, establece esas circunstancias que, como requisitos, deben concurrir para que se reconozca la existencia de una costumbre: en su última parte exige que sea con derecha razon e non contra la ley de Dios, ni contra señorio, ni contra derecho natural, ni contra procomunal de toda la tierra del logar do se face: e debela poner con gran consejo, e non por yerro, ni por antojo, ni por ninguna otra cosa que les mueva, si no es derecho e razon e pro, e asi de otra guisa la pusiere, no seria buena costumbre, mas danamiento de ellos e de toda justicia. Estas son las condiciones que pueden llamarse esenciales y refundirse en el concepto de que la costumbre no se oponga a los principios religiosos y morales del país ni a sus intereses materiales, pues de otro modo, no costumbre, sino corruptela, deberá llamarse.

En cuanto al modo de establecerse, la misma ley citada exige que la idea o doctrina sea practicada por diez o veinte años, sabiendolo el señor de la tierra e no lo contradiciendo; e si en este tiempo mismo fuesen dados dos juicios por ella de omes sabedores e entendidos de juzgar, e non abiendo quien gelas contralle: eso mismo seria cuando contra tal costumbre, en el tiempo sobredicho, alguno pusiese su demanda o su querella o digese que non era costumbre que debiese valer, e el pagador ante quien acaesciese tal contienda, oídas las razones de ambas partes, juzgase que era costumbre de todo en todo, non cabiendo las razones de aquellos que los contradigesen.

Grandes han sido las disputas, cuestiones y consiguientes esfuerzos que los maestros de la ciencia han sostenido para conseguir la determinación de los conceptos jurídicos comprendidos en esta disposición legal, acerca de la cual hay hasta la circunstancia de que, respecto del tiempo, se fija la idea por medio de una distinción indeterminada, diez o veinte años, y respecto del número de actos, para que, con su repetición, se forme la costumbre, la ley dice dos juicios o sentencias, y el mismo célebre glosador de las Partidas, Gregorio López, dice que en todos los manuscritos que ha visto del famoso código alfonsino, en el lugar de la palabra dos, se leía treinta. Difícil es la solución de tan complicado problema, mucho más cuando se empieza por dudar sobre los datos necesarios para resolver la incógnita. Acerca de la indeterminación del tiempo, dice el mismo Gregorio López que, al consignarse en la ley lo de los diez o veinte años, se ha querido seguir el principio de la prescripción ordinaria, suponiendo que bastará el uso por diez años cuando el legislador esté presente, y será necesario por el de veinte cuando esté ausente, pero no puede menos de reconocer lo inexacto del concepto distintivo, por la sencilla cuanto concluyente razón de que nunca puede suponerse la ausencia del legislador.

Confesada la dificultad, vamos a exponer la que a nosotros nos parece solución más lógica y conforme al texto legal. La costumbre llega a establecerse por la sucesiva re-

petición de actos que van demostrando el sentido, el concepto, en que las gentes admiten un supuesto, una doctrina jurídica: estos actos pueden realizarse en sucesión rápida o en sucesión lenta; pueden verificarse muchos en poco tiempo, o tan sólo algunos en mucho tiempo, porque la realización de los conceptos o supuestos jurídicos depende siempre de que se ofrezcan casos a los cuales haya que aplicarlos. La costumbre, para que deba ser aplicada como derecho, es preciso que se apruebe, porque pudiendo ser falsa su existencia, sólo por medio de la prueba se destruye el supuesto negativo, la no existencia. Examinada la ley con la debida detención, se comprende que para lo que exige, o más bien admite, dos juicios o sentencias es, no para establecer la costumbre, sino para probar su existencia; así es que esos dos juicios o sentencias exige que sean declaratorias de que la costumbre existe, pues la ley dice: «dados consejeramente por ella», suponiendo, por lo tanto, ya su existencia, teniéndola ya por creada, expresándola como fundamento de la decisión.

Pero si esto aparece cierto, no resuelve en todo la dificultad, porque inmediatamente se presenta la que se ofrece para dictar la primera de esas dos sentencias declaratorias de la existencia de la costumbre, y que después pueden servir de medio de probanza de su misma existencia. ¿Qué actos justificarán el supuesto de que la costumbre existe cuando no haya sentencias que declaren su existencia? Todos los que vengan a confirmar la realización del supuesto; todos los que manifiesten que las gentes, el pueblo, ha admitido el concepto jurídico en el sentido alegado, ya sean estos actos judiciales o extrajudiciales, si bien los primeros no podrán menos de hacer más fuerza que los segundos, porque habrá que venir a parar en que el sentido se admite por interpretación práctica, y siempre la judicial, que se reconoce con carácter científico, es más determinativa que la vulgar. Los actos privados, por lo tanto, irán demostrando el sentido en que se toma el supuesto jurídico; las sentencias irán confirmando el mismo concepto, y cuando llegue el caso de la disputa sobre si la cos-

tumbre o no existe, el juzgador deberá tomar por criterio lo que hasta entonces haya sucedido. Y así lo vemos clara y terminantemente establecido en la ley; porque después de hablar de diez y veinte años, después de expresar lo referente a la existencia de dos juicios, viene, por último, a determinar que si aun en el tiempo sobredicho, es decir, mientras están corriendo los diez o veinte años, se suscitase litigio sobre si existe o no la costumbre alegada, y el juzgador ante quien acaeciese tal contienda, oídas las razones de ambas las partes, juzgase que era costumbre de todo en todo, no cabiendo las razones de aquellos que lo contradijesen, debe decidir lo mismo que si resultasen los dos juicios declaratorios. De todo lo que viene a resultar que la determinación, en términos generales, sobre si existe o no costumbre, queda encomendada al recto arbitrio judicial, y que las prescripciones legales no tienen más carácter que el de reglas, para que, en su arbitrariedad, el juzgador pueda conducirse por un buen criterio. Y, por consiguiente, que ni está ni puede estar determinado con fijeza el número de actos que decida la existencia o no existencia de la costumbre.

Una vez reconocida, tiene la misma fuerza que la ley: explica la dudosa, suple la que falta y deroga la que le es contraria; de donde viene el admitir la distinción de costumbre según ley, costumbre fuera de ley y costumbre contra ley, reconocidas por la 6.ª, título 2.°, Partida 1.ª Han creído algunos que la tercera especie estaba contradicha en la ley 3.ª, título 2.°, libro 1.° de la N., por la cual se determina que contra las leyes no puede alegarse el desuso. Si esto significara la negación de la costumbre contra ley, no podría tener aplicación, pues por la misma costumbre contra ley estaría derogada: la que nos ocupa no tiene más fuerza que otra cualquiera, y la repetición de actos admitiendo costumbre contra ley la habrían derogado. Pero el concepto jurídico en ella preceptuado es muy distinto, y por lo mismo debe considerarse vigente, por ser tan justo y filosófico que contra él no cabe costumbre, en razón a que los actos que lo contradijeran serían contra los principios mo-

rales y sociales y contra los intereses generales del país: su verdadero sentido y significado está reducido a que no se entienda derogada la ley por falta de uso y a que no se admita semejante alegación, y esto está muy conforme con los mismos principios reconocidos respecto de la costumbre, que debe consistir en la afirmación de la existencia de los actos que la forman, y no puede, por consiguiente, fundarse en la negación. Contra una ley que nunca se ha usado, o que ha dejado de usarse o aplicarse por mucho tiempo, nada existe que la contraríe, y todo puede consistir en que no hayan ocurrido casos a los cuales se debiera aplicar; por consiguiente, para que pueda decirse que existe costumbre, es preciso que haya hechos positivos, afirmativos, que expliquen, suplan o deroguen la ley: esta es la distinción entre el no uso y la verdadera costumbre contra ley, que perfectamente se comprende en la recopilada.

Hemos comprendido bajo la palabra práctica la interpretación, que consiste en dar al literal contexto de la ley, para su aplicación, el verdadero sentido o significado jurídico. No puede menos de considerarse como una parte, y de las más esenciales, del derecho, porque es, por decirlo así, el complemento de todas las demás, la razón aplicada a la práctica del derecho. Sin ella, la mayor parte de los casos serían de imposible decisión, o se decidirían por el absurdo, y las legislaciones que han tratado de excluirla bien pronto han tenido que salir de su error para no dar en el ridículo. Es, por consiguiente, un suplemento de la legislación, del mismo modo que la costumbre y por la misma razón: por esto la comprendemos entre las puertas del derecho, y si hemos dicho que no hay el mayor grado de exactitud al distinguirla de la costumbre, es porque tiene muchos grados de igualdad con aquélla, en términos de ser unas veces su causa y otras veces su efecto. Por interpretación se aplican las leyes; por el constante modo de aplicarlas se crea la costumbre, y por la costumbre que existe de entender una ley se interpreta y se aplica.

La interpretación se divide en auténtica, usual y doctrinal: llámase auténtica la que hace el mismo legislador

respecto de una ley que ha resultado dudosa en alguno de los extremos que comprende o casos de aplicación, porque si la duda, y, por consiguiente, la aclaración, afecta a la esencia de la ley, más bien que interpretación, el precepto del sumo imperante será una nueva ley; dícese usual la que se funda en el uso, que, aunque admitido generalmente, no llega a constituir, por no estar revestido de todas sus cualidades, una verdadera costumbre, y llámase doctrinal aquella que consiste en dar a la ley para su aplicación un recto significado, deduciéndolo, ya de la concordancia en que unas leyes necesitan estar con otras, ya de los principios de equidad, ya de la distinción de épocas y circunstancias.

También suelen admitir algunos otra división de la interpretación en extensiva, restrictiva y explicativa; pero esto, más bien que distintas clases de interpretación, son distintos modos de aplicar el derecho, como, desde luego, se comprende. Se dice interpretación extensiva, o modo de aplicar el derecho extensivamente, cuando se hace aplicando los preceptos a más número de casos que los que parece comprende la ley, como si ésta determina que no se extraiga trigo de una nación, y comprendiendo, por las razones y circunstancias de la prohibición, que tampoco deben extraerse harinas. Se llama restrictiva, por el contrario, la que consiste en no extender la aplicación a un caso que, según las literales palabras de la ley, parecía estaba comprendido en la misma: por ejemplo, no se aplicará la pena que la ley imponga al que derrame sangre en la plaza pública, al cirujano que por medicina haga una sangría. Llámase, finalmente, explicativa la que consiste en manifestar el verdadero sentido, ya gramatical, ya legal, de las palabras o conceptos de la ley, como sucedería, por ejemplo, de la palabra restitución, que tiene distinto significado cuando se trata del beneficio de los menores que cuando se trata de hurtos o robos.

No podemos prescindir de exponer algunas consideraciones acerca de lo que por algunos se considera como una nueva especie de derecho, creada a consecuencia de haber-

se determinado por los artículos 1.064 y 1.087 de la última ley de Enjuiciamiento civil (1) que se publiquen en la *Gaceta de Madrid* y se inserten en la *Colección Legislativa* las sentencias del Supremo Tribunal en los recursos de casación, tanto en la forma como en el fondo, suponiendo que con esto se les ha dado fuerza legal para que se tomen como decisiones generales de jurisprudencia. Si tal supuesto se admite, sería preciso, francamente, reconocer que en el Supremo Tribunal residía la potestad legislativa. ¿Qué importa que los Cuerpos Colegisladores discutan y aprueben los proyectos, y que el rey, con su sanción o promulgación, los eleve a preceptos obligatorios, si después viene otra entidad, otra personalidad, a determinar el concepto en que generalmente deben entenderse? Prescindiendo de la facultad de iniciativa, esto es igual a legislar, y opuesto enteramente a lo que hemos visto determinado por el artículo 66 de la Constitución, que limita la potestad de los Tribunales exclusivamente a la de aplicar las leyes en los juicios civiles y criminales, sin que puedan ejercer otras funciones que las de juzgar y hacer que se ejecute lo juzgado (2).

Para esto es cierto que tienen que interpretar las leyes, pero su facultad tan sólo se extiende a interpretarlas usual y doctrinalmente, con aplicación concreta al caso, y nunca en concepto general; y tan pronto como esto se desconozca, queriendo extender la fuerza de sus sentencias hasta el punto de deber ser consideradas como reglas generales de jurisprudencia, la interpretación vendrá a tomar el carácter de auténtica, pues no podrá menos de ser obligatoria. Es preciso reconocer que no hay término medio, porque la argumentación se comprende entre el sí y el no: si las sentencias del Supremo Tribunal se han de considerar decisiones, y, como tales, obligatorias de jurisprudencia, en concepto de generales, son interpretaciones auténticas; si

(1) Refiérese la indicación a la de 5 de octubre de 1855.
(2) Artículo 76 de la vigente.

no han de ser obligatorias en concepto general, no pueden calificarse de decisiones generales de jurisprudencia, y sí sólo vendrán a ser juicios, como les llama la ley de Partida; sentencias, como se les llama en el lenguaje moderno, que sirvan para ir formando derecho por costumbre.

Nunca, bajo ningún concepto, se ha concedido en España a los Tribunales la facultad de legislar, ni, lo que es igual, de interpretar auténticamente las leyes. Siempre estas dos facultades, que en rigor no son más que una, han sido atribución exclusivamente del poder legislativo; así está consignado en todos nuestros códigos; puede tenerse por un principio verdaderamente reconocido, hasta el punto de que en todas las leyes que se rozan con la materia se preceptúa en concepto de considerarlo ya existente. Los romanos decían: *Ejus est legem interpretari, cujus est condere* (lex 12, título 14, libro 1.° C.); el derecho canónico: *Unde jus procedit interpretatio quoque procedat* (cap. *inter alia, 31 de set excommun)*, y confirmado se encuentra en estos preceptos, dentro de nuestra legislación, por las disposiciones siguientes: leyes 9.ª y 11.ª, título 1.°, libro 1.°, y 12, título 1.°, libro 2.°, del Fuero Juzgo; encabezamiento del título 7.° del Fuero Real; 1.ª, título 28, del Ordenamiento de Alcalá: 3.ª, título 2.°, libro 3.°, y 7.ª, título 4.°, libro 12, de la N.; 14, título 1.°, Partida 1.ª La 14, título 22, partida 3.ª, terminantemente ordena «que non debe valer ningun juicio que fuese dado por fazañas de otro, fueras ende si tomasen aquella fazaña de juicio quel rey oviese dado. Ca estonce bien pueden juzgar por ella, porque la del rey ha fuerza e debe valer como ley en aquel pleito sobre que es dada e en los otros que fueran semejantes». Lo mismo viene a explicarse en la ley 198 de las del Estilo. Sólo, pues, por las decisiones del rey, en concepto de ser juez y poder legislativo, cuando también reunía en sí la facultad de juzgar, podían determinarse los casos semejantes; pero desde la distinción de poderes, desde que se han separado completamente la facultad de legislar de la de juzgar y hacer que se ejecute lo juzgado, imposible es conceder ya a los Tribunales el supuesto de que sus sentencias sean decisio-

nes generales de jurisprudencia, sean interpretaciones auténticas.

Pero esto mismo está determinado por la referida ley de Enjuiciamiento: en ninguno de sus artículos se dice que las sentencias del Supremo Tribunal tengan fuerza de decisiones generales de jurisprudencia, y sólo después de conceder al Ministerio fiscal el derecho de revisión de los recursos en que no haya sido parte, para que, sin afectar a las que lo hayan sido, se ventile algún punto de derecho, se dice en el art. 1.102: «el fallo que se pronuncie sólo servirá para formar jurisprudencia sobre la cuestión legal que haya sido discutida y resuelta en el pleito» (1). Véase aquí definida, concretada, la idea que se quiere generalizar: tan sólo cuando el Ministerio fiscal, sin ser parte y, por consiguiente, con entera imparcialidad, interponga el recurso, que podría llamarse de revisión sobre la casación, será cuando la sentencia resolutoria de la cuestión legal servirá para formar jurisprudencia. Y nótese la diferencia que hay entre servir para formar jurisprudencia y ser decisión general de jurisprudencia: lo primero se reduce a que deberá tenerse como uno de los juicios o sentencias concurrentes a la formación o justificación de la costumbre; lo segundo equivale absolutamente a la interpretación auténtica: digámoslo de una vez, a conceder al Supremo Tribunal la potestad legislativa.

Respecto de las reglas que deben seguirse en la fiel interpretación de las leyes, tan difícil es comprenderlas en una generalidad como exponerlas con exactas particularidades; intentando, sin embargo, lo primero, diremos que todas ellas consisten en no perder nunca de vista que el fin del derecho es la justicia, y tratando de presentar algunas reglas especiales, sin pretender de ningún modo que sean todas, diremos que debe ampliarse lo favorable; que debe restringirse lo odioso; que donde existe la misma razón de derecho debe considerarse existente la misma disposición

(1) Ley citada de 1855.

o precepto; que no es lícito distinguir donde las leyes no distinguen, principalmente en lo beneficioso; que cuando las leyes prohiben, en lo menos debe comprenderse lo más, y que cuando las leyes permiten, en lo más debe comprenderse lo menos, y, en fin, que para la aplicación de las leyes es preciso acudir a comprender, ante todo, su verdadero sentido y significado, tomando por auxiliares todos los conocimientos humanos, todas las demás ciencias o ramos del saber en que se dividen esos mismos conocimientos, que nunca sobran, que nunca están demás, y que muchas veces su falta impide el único fin del derecho, da causa a que no se consiga la justicia.

Esto supuesto, ¡cuán grande aparece la jurisprudencia! ¡Con cuánta razón ha sido definida por Ulpiano, diciendo que es el conocimiento de todo lo divino y humano, la ciencia de lo justo y de lo injusto! ¡Qué pena causa el considerar la imposibilidad en que se encuentra el jurisconsulto de ser universalmente sabio! Pero ya que sea verdad esta imposibilidad, es preciso excogitar medios de suplir la falta que de ella se desprende, y los que el derecho ha adoptado son los juicios periciales. Los peritos en las ciencias y en las artes, con sus ilustrados juicios, vienen a decidir muchas veces las cuestiones sobre los hechos, que es absolutamente indispensable fijar y determinar con toda exactitud, si se ha de conseguir el fin del derecho, concurriendo, de este modo, con el jurisconsulto, que se ve obligado a valerse de este medio supletorio de la ciencia que le falta para realizar el dar a cada uno lo que es suyo, o, lo que es lo mismo, la justicia. Apliquemos esta doctrina para su completa explicación. Un particular ha contratado con un platero la construcción de una escribanía de plata por cierto precio y con arreglo a un determinado diseño; concluída la obra, la presenta el artífice, exigiendo el pago, y se suscita la cuestión de si la materia y la forma son las convenidas: lo primero que debe considerarse es la materia en su esencia; lo segundo, la calificación que, dentro del arte de la platería, debe darse a aquella materia; lo tercero, la exactitud de la obra con su diseño o plano. Si el jurisconsulto

llamado a decidir fuera químico, platero y arquitecto, con estos especiales conocimientos y los de la ciencia del derecho, se encontraría en disposición de hacer justicia, de dar a cada uno lo que era suyo, pero, careciendo de esos conocimientos especiales, no tiene más remedio que acudir a quien los tenga, para que, concurriendo al juicio, suplan los que a él le faltan. Sin este modo de proceder rayará en lo imposible el hacer justicia, y he aquí la razón fundamental para conceder, sin que pueda caber disputa, que la definición que dió Ulpiano a la jurisprudencia es la más exacta que puede darse. Será cierto que no necesite el jurisconsulto reunir en sí todos los conocimientos de lo divino y humano, porque tendrá medios de suplir su ignorancia, pero igualmente cierto es que para que la jurisprudencia, considerada en abstracto, cumpla su objeto y llegue a su fin, es indispensable que concurran como auxiliares todas las demás ciencias y artes, todos los ramos en que puede dividirse el saber humano.

Procediendo de lo abstracto a lo concreto, y en consideración a lo que debe ser la jurisprudencia, concretamente al jurisconsulto, diremos «que es el hábito práctico de interpretar rectamente el derecho y aplicarlo ritualmente a los casos que puedan ocurrir». Dícese hábito práctico, porque no basta el conocimiento especulativo del derecho para llamarse jurisconsulto, sino que es necesario estar en posesión de practicarlo, y se dice de interpretar rectamente y aplicar ritualmente para expresar todos los oficios del jurisconsulto, que comprenden, no sólo la inteligencia y recta aplicación del derecho, sino la dirección ritual de los asuntos judiciales y extrajudiciales, o, lo que es lo mismo, el modo de conducirlos por los ritos, reglas o fórmulas que están establecidos para la sustanciación de los juicios y para la consolidación de las transacciones; de modo que el jurisconsulto debe saber lo que el derecho determina, respecto de la justicia, en cualquiera clase de asuntos, y el modo de realizar esos mismos derechos, tanto al extender una escritura que sirva para el otorgamiento de un contrato como dirigiendo un pleito para llegar al punto de una

decisión judicial, ya que obre como defensor, ya que se halle revestido del carácter de juez; y de aquí la división de los tres oficios del jurisconsulto, que son: responder, defender y juzgar. Responde cuando da su dictamen respecto de lo que debe hacer el que le pregunta, para quedar seguro cuando intenta adquirir derechos o imponerse obligaciones, y también cuando contesta a lo que se le consulta respecto de la extensión y fuerza de los derechos y obligaciones ya establecidos y modo o medios de dirigirse en juicio para conseguir el fin, que es la justicia; defiende cuando, dentro ya del juicio, alega en favor de la parte que le ha encomendado el negocio, y juzga cuando, revestido del carácter de juez, decide, aplicando a cada uno lo que es suyo en derecho.

Tal vez con mayor exactitud podrían reducirse los oficios del jurisconsulto a dos, comprendiendo el de juzgar en el de responder, porque, en efecto, todo juicio puede reducirse a una pregunta sobre una cosa dudosa y la sentencia a la contestación que da el que tiene autoridad para decidir la duda. Y aun de otro modo podrían distinguirse los oficios del jurisconsulto, reduciéndolos también a dos, que sean precaver y remediar: precave cuando, respondiendo, enseña a dirigir los negocios relativos al establecimiento y consignación de los derechos y obligaciones y a los medios de hacer efectivas las ya establecidas y consignadas, porque entonces trata de evitar los perjuicios que puedan sobrevenir por los defectos en que puede incurrir la ignorancia; trata de remediar cuando defiende, y remedia cuando juzga. Esto es lo que necesita saber y practicar el que quiera merecer el nombre de jurisconsulto, porque si sólo conoce las leyes y sabe interpretarlas, careciendo del hábito de practicar lo que por ellas se establece, merecerá el nombre de jurisperito; si se contenta tan sólo con saberlas y no llega a interpretarlas, el de leguleyo, y si, sin siquiera saberlas, se empeña en manosearlas, el de rábula.

De todo lo que hemos expuesto hasta aquí, analíticamente se deduce la proposición sintética que hemos sentado al principio, diciendo que la jurisprudencia es la ciencia que

tiene por objeto el derecho, cuyo fin es la justicia. Y si el fin del derecho es la justicia, ¿cuáles serán los objetos que deba considerar para conseguirla? Son tres, naturalmente, y no pueden ser más ni menos: 1.º Las personas que intervienen en los negocios; 2.º Las cosas de que se trata; 3.º Los medios de establecer y realizar los recíprocos derechos y obligaciones, comprendidos en el tecnicismo de la ciencia bajo la denominación de acciones.

Han sustituído algunos esta última palabra con la de juicios: nosotros no admitimos la sustitución, porque resulta que es mucho más lata la sustituída que la adoptada, y porque en la palabra acciones se comprenden los juicios y en la palabra juicios no se comprenden las acciones. Es verdad que siempre, en los juicios, se proponen y ventilan acciones, con objeto de que se decidan las dudas que sobre ellas han sobrevenido, pero también es verdad que el jurisconsulto considera y examina esas mismas acciones antes de que sean objeto del juicio, porque tanto se comprende bajo el nombre de acción los derechos que resultan, o han de resultar, de las relaciones que establecen, o traten de establecer, los hombres respecto de sus cosas, como los medios de hacer valer en juicio el resultado de esas mismas relaciones; por lo tanto, nos parece viciosa la sustitución, y como tal la rechazamos, volviéndonos a la antigua, y establecida con toda claridad por Justiniano, y sentando con él que los objetos del derecho son tres: personas, cosas y acciones. De cada uno de ellos trataremos en cada una de las tres partes en que se dividirá nuestra obra.

LIBRO PRIMERO

DE LAS PERSONAS [1]

Concepto de persona.—División de las personas: Por nacer y nacidos; infantes y púberes; proximidad a la infancia y proximidad a la pubertad; menores y mayores; varones y hembras; libres y esclavos; nobles y plebeyos; clérigos y seglares; militares y paisanos; nacionales y extranjeros; vecinos y no vecinos.—Examen de los derechos civiles en relación a las personas.

En el derecho romano podía con razón decirse que entre hombre y persona había gran diferencia: afortunadamente, este a manera de aforismo, en nuestro derecho, no tiene tan gran significado. Entre los Romanos había hombres que no eran personas; había esclavos que eran cosas, siendo entes racionales: entre nosotros, aunque en las colonias existe la esclavitud (2), los que están sujetos a tan triste situación tienen, sin embargo, derechos, y, en este concepto, algo se elevan sobre la idea de cosa. No podemos, sin embargo, prescindir de la definición que los Romanos admitían para explicar lo que se entiende por persona, porque si bien en la nuestra no se expresa la idea con tanta exactitud como en su jurisprudencia, es suficiente clara y precisa para servirnos de guía en toda la materia que ha de ser objeto de este Libro primero.

Persona es el hombre constituído en estado. Desde luego, se ve que, en esta definición, el género próximo es el

---

(1) Artículos 17 a 28 y 29 a 34 del Código civil.

(2) Quedó abolida: en Puerto Rico, por leyes de 4 de julio de 1870 y 22 de marzo de 1873, y en Cuba, por ley de 13 de febrero de 1880.

hombre, y la diferencia, el tener estado; por manera que sólo serán personas los hombres que se encuentren dentro de la diferencia, y de aquí el aforismo jurídico, tan reconocido entre los Romanos, que dejamos indicado. Ellos, al esclavo, negaban el estado; decían que la esclavitud era condición, pues le negaban toda clase de derecho: nosotros, a la esclavitud, no podemos menos de llamarle estado, desde que al esclavo se le conceden derechos. Indudablemente, el estado de esclavitud se diferencia del estado de libertad, pero las diferencias no contrarían, y sí sólo distinguen, y, por lo tanto, no es posible admitir absoluta negación de un concepto en contraposición de otro, cuando los dos están comprendidos dentro de un tercero y sólo se distinguen por circunstancias diferenciales. Mas no sólo el hombre constituído en estado es persona, sino que también se comprende en el concepto todo lo que tiene personalidad. Las corporaciones, las sociedades voluntarias o legales, en su conjunto, son capaces de derechos y obligaciones: tienen un estado que hay que reconocerles, y en este concepto son personas jurídicas.

Siendo el estado la causa diferencial de las personas, es preciso distinguirlas por ella misma, y, por consiguiente, proceder, por medio de la distinción de los estados, a la división de las personas. La primera división se forma considerando lo que procede de la Naturaleza, y, por consiguiente, puede llamarse de derecho natural, y lo que conforme al supuesto, reconociéndolo, han establecido los hombres, es, por consiguiente, de derecho civil. Como que lo segundo depende de lo primero, la distinción absoluta es imposible, pues siempre aparecerán mezclados los conceptos; no obstante, y con esta salvedad, jurídicamente se dividen los hombres por su estado natural, considerándolos ya personas en por nacer y nacidos, y éstos se subdividen en infantes, próximos a la infancia, próximos a la pubertad, púberes, menores y mayores de edad, y todos ellos, por el sexo, en varones y hembras.

Por nacer y nacidos.—Desde la procreación existe el hombre: antes de nacer, el derecho lo reconoce existente y con

estado, puesto que le concede derechos, si bien con la precisa condición de que nazca. Todo lo referente a los procreados y no nacidos puede refundirse en la regla general de que se reputan existentes para todo lo que pueda serlos útil, y así se encuentra consignado en la ley 3.ª, título 23, Partida 4.ª, que dice: «De mientra que estuviere la criatura en el vientre de su madre, toda cosa que se faga ó se diga a pro della, aprovechase ende bien asi como si fuese nascida; mas lo que fuese dicho ó fecho á daño de su persona ó de sus cosas non le empece.»

Pero hemos dicho que las leyes exigen para lo expresado la condición de que nazca, y tenemos que añadir que, además, determinan las circunstancias que, como necesarias, deben concurrir para que se tenga por nacida. Son varias, y su determinación ofrece alguna dificultad, por lo que, para exponerlas, empezaremos por la ley 2.ª, título 5.º, libro 10, de la N., que es la 13 de Toro. Dice así: «Para evitar muchas dubdas que suelen ocurrir cerca de los fijos que mueren recien nascidos, sobre si son naturalmente nascidos, ó si son abortivos: Ordenamos e mandamos que el tal fijo se diga que naturalmente es nascido, e que no es abortivo cuando nasció vivo todo, e que, á lo menos, despues de nascido vivió veinte e cuatro horas naturales, e fue baptizado antes que muriese, e si de otra manera nascido murió dentro del dicho término, ó no fue baptizado, mandamos que el tal fijo sea habido por abortivo, e que no pueda heredar á sus padres, ni á sus madres, ni á sus ascendientes; pero si por el absencia del marido ó por el tiempo del casamiento claramente se probase que nasció en tiempo que no podia vivir naturalmente, mandamos que, aunque concurran en el dicho fijo las calidades susodichas, que no sea habido por parto natural ni legítimo.»

Las dudas a que la ley alude sobre los que deben considerarse nacidos y adoptivos procedían de la contradicción en que se hallaban la ley 19, título 2.º, libro 4.º del Fuero Juzgo. y la 3.ª, título 6.º, libro 3.º del Fuero Real. La primera exigía que el niño o niña fuera bautizado y viviera diez días más o menos, expresión que en aquel len-

guaje significa lo que en el actual la de poco más o menos, y la segunda, tan sólo que fuera bautizado, omitiendo toda determinación acerca del tiempo que debía vivir para no calificarlo abortivo. Por la de Toro se determina el concepto general en dos partes, que es preciso considerar separadamente, si bien, siempre que las dos concurran, han de realizarse comprensivamente. La primera se refiere al nacimiento y tiempo de vida; la segunda, al tiempo en que el feto ha estado en el seno materno.

Respecto a la primera parte, dice la ley que no será abortivo cuando nasció vivo todo, e á lo menos despues de nascido vivió veinte e cuatro horas naturales e fue bautizado antes que muriese: estos son los tres requisitos que copulativamente deben concurrir; de modo que la falta de cualquiera de ellos basta para contradecir o negar el supuesto. Mucho se ha disputado para procurar fijar lo que significa lo de nacer vivo todo. Las citadas leyes de ambos Fueros nada decían acerca de las ideas que parece se comprenden en esta locución; unos suponen que son dos: primera, la de nacer vivo; segunda, la de nacer todo; de modo que entre vivo y todo dicen que falta una coma. Hemos visto diferentes ediciones de la ley: en ninguna se halla ese pretendido signo distintivo de las dos ideas; además, si después de nacer ha de vivir veinticuatro horas, claro es que ha de nacer vivo, y no puede admitirse tan de plano que una disposición, precisamente encaminada a evitar dudas, se redactara con vicio tan grosero como sería el de un ripio tan absolutamente inútil. Otros, tomando la locución en su recto sentido gramatical, sostienen que lo que la ley exige es que nazca sin que le falte ni tenga impedido miembro alguno. Compréndese, desde luego, que esta puede ser la idea, y aun es forzoso reconocer que nada falta a la locución para expresarla, pero lo que no se comprende, ni se puede comprender, es que sea tal el sentido jurídico. Si por carecer de algún miembro, o por tenerlo impedido, inerte, según esta ley, hubiera de negársele el estado de nacido, indudablemente estaría en completa contradicción con la 5.ª, título 23, Partida 4.ª, en la cual, si

bien se ordena que no deben ser contados por hijos los que no son figurados como hombres, asi como si hobiesen cabeza u otros miembros de bestia, terminantemente se declara que si la criatura que nasce a figura de ome, magüer aya miembros sobejanos, o menguados, no l'empesce. La contradicción podría salvarse suponiendo que la ley de Toro, como posterior, deroga a la de Partida, pero ni aun así se resuelve la dificultad, que está más alta, porque consiste en que, para admitir semejantes supuestos, es preciso contrariar toda idea de razón y de justicia. Si el hombre no deja de serlo por carecer de un miembro o por tenerlo absolutamente impedido; si, aun en estas circunstancias, se le reconoce como hombre, contra razón y contra justicia sería privarlo de las condiciones, de las relaciones legales y jurídicas, que es lo que constituye el estado. Otros, por último, dicen que la locución de que estamos tratando significa que las veinticuatro horas de vida que la ley exige no deben empezarse a contar sino desde el momento en que haya concluído de nacer la criatura, es decir, que no debe entrar en la cuenta el tiempo en que está naciendo, que si comúnmente es breve, a veces suele prolongarse mucho, y algunas excede de las mismas veinticuatro horas. Esta es la interpretación que encontramos más razonable, y la que, por consiguiente, admitimos. Las veinticuatro horas deben ser, según la ley, naturales, es decir, contadas de momento a momento, y de sesenta minutos. El requisito del bautismo es el necesario y debido homenaje a la Religión católica: el que muere sin ser bautizado entre los católicos no debe ser reconocido con estado legal.

Hemos dicho que la segunda parte de la ley se refiere al tiempo en que la criatura ha de estar en el seno materno para que, al nacer, esté exento de la tacha de abortivo. El concepto se presenta a manera de excepción de la regla anteriormente sentada: «si nace vivo todo, vive veinte e cuatro horas y es bautizado, deberá tenerse por nacido, a no ser que por absencia del marido o por el tiempo del casamiento, claramente se probase que nasció en tiempo que no podia vivir naturalmente». Para comprender esta excepción,

es preciso, ante todas cosas, distinguir el concepto en que lo es, pues de lo contrario, indefectiblemente se incurriría en el absurdo. Si ha nacido una criatura viva toda, en el sentido explicado, ha vivido más de veinticuatro horas y ha sido bautizada; si no sólo se han cumplido todos estos requisitos, sino que se trata de un hombre que vive, que tal vez sea hasta mayor de veinticinco años, ridículo sería negarle la existencia ni la verdad de ser hijo de su madre, por suponerse, o poderse suponer, que había estado en el seno materno más o menos tiempo que el que las leyes supongan ser el de la gestación. Contra la realización del hecho y la evidencia que de ello resulta no hay razón admisible; por manera que el concepto de la ley no se dirige más que a la filiación respecto al padre, y por eso habla la ley de ausencia del marido y de tiempo de casamiento.

Determinado este concepto legal, se hace preciso examinar lo que las leyes disponen sobre esta misma materia:

La 4.ª, título 23, Partida 4.ª, fundándose en la autoridad de Hipócrates, dice «que lo más que la mujer preñada puede traer la criatura en el vientre son diez meses. E por ende, si desde el día de la muerte de su marido fasta diez meses pariese su mujer, legítima seria la criatura que nasciere, e se entiende que es de con marido, magüer en tal tiempo sea nascida, solo que ella viviese con su marido, á la sazon que finó.» Otrosí, dijo este filósofo, «que la criatura que nasciere falta en los siete meses, que solo tenga su nacimiento un dia del seteno mes, que es complida e vividera. E debe ser tenida tal criatura por legítima del padre e de la madre, que eran casados, e vivien en uno, a la sazon que la concibió. Esso mismo debe ser judgado de la que nasce falta en los nueve meses. E este cuento es mas usado que los otros. Mas si la nascencia de la criatura tañe un dia del onzeno, despues de la muerte del padre, non debe ser contado por su fijo».

Fundándose en que esta ley toma su razón de la autoridad científica, han pretendido algunos que debe aplicarse, no tanto por su precepto cuanto por lo que la ciencia demuestre o admita como verdad. No impugnaremos este

modo de raciocinar; por el contrario, nos inclinamos a creer que la ley de Toro lo reconoce, pues siendo lo cierto, como en ella misma se determina, que su objeto fué evitar dudas, y siendo también innegable que los términos fijados en la de Partidas habían dado ocasión a grandes disputas, los legisladores de Toro se abstuvieron de fijar determinativamente tiempo alguno, acudiendo a la idea general comprendida en estos términos: si claramente se probase que nació en tiempo que no podía vivir naturalmente. Pero, esto no obstante, en la aplicación concreta es preciso proceder con exquisita cautela, pues por más que se quiera presentar como demostrado que la ciencia, en general, o los supuestos referentes al caso particular, contradicen lo que la ley establece, lo prudente es seguir sus preceptos hasta que el legislador admita como verdad legal la que aparezca como científica, mucho más en materia tan controvertible, tan difícil de encontrar apoyo en verdades demostradas, en hechos indisputables, en experimentos repetidos y convincentes, y, por lo tanto, tan ocasionada al error.

Resulta de todo lo expuesto que, para que la criatura se tenga por nacida y adquiera estado respecto de la madre, es preciso que nazca viva toda, que viva veinticuatro horas y que sea bautizada nada más, pero que para que tenga estado de legitimidad, con referencia al padre y madre conyuntivamente, es preciso que haya estado en el seno materno el tiempo que la ley, fundada en el supuesto científico, exige, ya tomándolo como máximum desde el momento de la ausencia del marido, ya como mínimum desde el tiempo del casamiento y verdadera unión marital. Todo esto sin contradicción con lo que en su lugar diremos respecto de la legitimidad y legitimación, principalmente cuando ésta se verifica por el subsiguiente matrimonio. Con lo que podemos ya pasar a distinguir los que ya deben tenerse por nacidos, según las edades en las que van entrando y consiguiente perfeccionamiento de razón que, tomando por fundamento la constante y general observación, el derecho le reconoce.

Llámase *infantes* a los que no han cumplido siete años, y en ellos, aunque no puede menos de concederse la razón natural, se niega absolutamente el discernimiento necesario para aplicarla a las relaciones de la vida social. Respecto de esta división, la razón es la total falta de discernimiento; el límite, los siete años, según la ley 1.ª, título 7.°, Partida 2.ª, y la 4.ª, título 16, Partida 4.ª El segundo y tercer miembro de la división creemos que será mejor entendido explicándolos, en su razón y límites, al mismo tiempo que el cuarto, que es el de *púberes:* llámase así al hombre y a la mujer cuando han entrado en el estado natural de poder procrear, de modo que la razón consiste en la consideración del desarrollo completo de las facultades físicas, y los límites designados por el derecho son los doce años en las hembras y los catorce en los varones, según se desprende de lo determinado en la ley 6.ª, título 1.°, Partida 4.ª, que permite ya el matrimonio en esas edades relativas.

Entre la infancia y la pubertad se distinguen dos épocas, que se marcan dividiendo el tiempo que intermedia en dos partes iguales, llamándose a la primera *proximidad a la infancia,* y a la segunda, *proximidad a la pubertad,* de modo que dejarán de ser infantes: el hombre y la mujer, al cumplir los siete años; serán próximos a la infancia: el hombre, hasta los diez años y medio, y la mujer, hasta los nueve y medio; próximos a la pubertad: el hombre, desde los diez y medio hasta los catorce, y la mujer, desde los nueve y medio hasta los doce; y serán púberes, como ya queda dicho: el hombre, a los catorce, y la mujer, a los doce. El fundamento de estas divisiones consiste en la consideración del mayor o menor grado de razón en el hombre, y sus límites son los que quedan prefijados. La última división que hace el derecho de las personas, por la edad, es la de menores o mayores de veinticinco años (1). Parece, a primera vista, viciosa, porque, gramaticalmente, en el primer miembro se comprenden todos los demás grupos que

(1) Actualmente veintitrés años, con arreglo al art. 320 del Código civil.

ya dejamos explicados, pero en consideración al derecho y sus aplicaciones, es de todo punto exacto; de modo que podemos decir que aquí la palabra, como signos convencionales de la representación de las ideas, tiene distinta significación en el lenguaje común que en el jurídico.

Llámase, por consiguiente, en derecho, menores a los que están en la edad intermedia desde la pubertad hasta que entran en la mayor edad, que está fijada en veinticinco años, lo mismo para la mujer que para el hombre; de modo que las mujeres serán menores desde los doce, y los hombres, desde los catorce hasta cumplir los veinticinco años. Aquí, el fundamento de la división se toma de que, aun después de haber adquirido el hombre y la mujer el completo desarrollo físico, carecen del necesario discernimiento, por falta de experiencia, para dirigir sus relaciones sociales, sus intereses materiales, cuyo complemento de discernimiento es necesario fijar en una época, en una edad, y la que ha adoptado y preferido el derecho es la que dejamos dicha de veinticinco años.

Otra división de las personas, por su estado natural, es la división de *varones* y *hembras:* el derecho no ha podido menos de considerar la diferencia de aptitud que existe entre los unos y las otras, la diferente graduación de desarrollo físico entre uno y otro sexo, la fuerza y robustez del primero, la debilidad del segundo, y, en fin, todas las circunstancias diferenciales que, por más que decirse quiera, en el ridículo se incurre cuando se pretenden desconocer. Así es que, jurídicamente, siempre se ha reconocido que los varones, por razón de dignidad, y las hembras por la de fragilidad, en cuanto estas dos consideraciones pueden influir general o particularmente, son causa de que, respectivamente, a cada uno de los sexos se le conceda mejor condición. De ejemplos pueden servir los mismos que dejamos indicados al explicar las diferentes condiciones que resultan en consideración a la edad.

Pasando ya a examinar la diferencia de los estados establecidos por el derecho civil, aparece en primer lugar el de *libertad y esclavitud:* ya hemos dicho que los Romanos

consideraban al esclavo como cosa y no como persona; que nosotros, por más que quisiéramos, no podemos prescindir de esta división, siendo un hecho la existencia de la esclavitud en las colonias; que, esto no obstante, aun los mismos desgraciados que se encuentran constituídos en tan precaria obligación pueden y deben ser considerados personas, puesto que, aunque exiguos, algunos derechos se les reconocen. Pero considerando al mismo tiempo que la materia constituye una parte de una legislación especial, y estando fuera de nuestro objeto el examen de las legislaciones especiales, nos concretaremos a decir que los esclavos nacen o se hacen: nacen de las esclavas, y entran en la propiedad de los dueños de las mismas; se hacen por aprehensión y conducción a los territorios en que todavía existe esta odiosa institución; que, siendo objeto de propiedad, pueden ser transferidos por los mismos medios jurídicos que cualquiera otra cosa; que pueden adquirir la libertad de diferentes modos, siendo uno de ellos, y muy especial, el que resulta de ser trasladados a cualquiera parte del territorio español en el cual esté abolida la esclavitud. Los Romanos distinguían a los hombres libres en dos clases: 1.ª Los que nunca habían estado en justa esclavitud; 2.ª Los que, habiendo sido esclavos, adquirían la libertad. Llamaban a los primeros ingenuos; a los segundos, libertinos, y a estos mismos, con referencia a los que los habían sacado de la esclavitud, y que por esta razón quedaban constituídos en patronos, se les llamaba libertos, de modo que los libertinos eran libertos de sus patronos. Nuestras antiguas leyes llaman aforrados o forros a los libertinos, porque el verbo *manumittere,* que significa dar libertad al esclavo, se ha traducido en aforrar.

Otra división de las personas, muy considerable en lo antiguo, era la de *nobles* y *plebeyos,* porque, aun con referencia al derecho civil, gozaban los primeros de algunas preeminencias que los distinguían de los segundos, y que, por decirlo así, venían o formar el estado social por medio de las diferentes clases de nobleza, y hasta el punto de no poderse prescindir de ciertas relaciones, en las cuales, aun-

que con diferentes modificaciones, aparecía siempre el concepto de señorío y vasallaje. Todo esto ya puede considerarse histórico: en la primera parte de nuestra obra lo hemos examinado con la conveniente latitud; en la actualidad, respecto del derecho público, todavía se conservan algunas distinciones favorables a la nobleza, y de ejemplo puede servir la preferencia para formar la Cámara alta, concurriendo de este modo al poder legislativo (1). Dentro del derecho civil están abolidas cuantas diferencias han existido, y ya ninguna se reconoce entre nobles y plebeyos, ni para constituir ni para ventilar sus acciones legales.

Debe notarse también la distinción entre *clérigos* y *seglares:* por la excelencia de su estado, los primeros gozan lo que se llama su fuero especial, que se reduce a tener especiales tribunales para ventilar ante ellos sus derechos. El fuero privilegiado se extiende a lo criminal y a lo civil: nada tenemos que decir del primero, porque no está comprendido en el objeto de nuestra obra; sobre lo segundo, y por ahora, basta a nuestro propósito consignar que su privilegio consiste en que los clérigos sean juzgados por los tribunales eclesiásticos cuando litigan entre sí o son demandados por los seglares. Lo mismo acontece respecto de los *paisanos* y *militares:* éstos también tienen su fuero especial en lo criminal y civil, y fuera de este general concepto, por su singular posición en la sociedad, disfrutan de algunas exenciones que en la prosecución de nuestra obra se irán notando, y que, en términos generales, pueden reducirse a facilitarles el modo de otorgar sus testamentos y a considerarlos exentos de los vínculos familiares en cuanto podrían resultar en contradicción con los que los ligan a otras obligaciones inseparables de la carrera militar (2).

Otra de las diferencias, por medio de la cual se distinguen las personas, es la de ser *naturales* o *extranjeros:* es

---

(1) Art. 21 de la Constitución vigente.

(2) Por Decreto-ley de 6 de diciembre de 1868 los fueros especiales se refundieron en el ordinario.

natural el nacido u originario de algún pueblo o reino; en España, por lo tanto, son naturales los españoles. El título I de la Constitución política (1) determina quiénes son los que por tales deben tenerse, y de él se desprende que, además de los nacidos en España, lo son también los hijos de padre o madre españoles que hayan nacido fuera de España. Respecto de éstos, en el mismo artículo se dice que una ley determinará los derechos de que deban gozar, indicándose diferencia entre los extranjeros ya naturalizados por carta y los que hayan ganado vecindad; de modo que no puede menos de reconocerse la distinción entre los verdaderamente naturales, los naturalizados por carta y los extranjeros que hayan ganado vecindad. Respecto de los primeros, nada hay que decir, porque claro y terminante está el precepto constitucional; respecto de los segundos y terceros tenemos que empezar diciendo que todavía carecemos de la ley indicada en el artículo. Así es que la legislación aparece indeterminada acerca de cómo y por qué razones debe concederse la carta de naturaleza, y también acerca de la extensión de los derechos que deban atribuirse a los naturalizados. Según nuestras antiguas leyes, las cartas de naturaleza se expendían por el rey y conducto de su real cámara, a manera o como una especie de actos legislativos. La ley 6.ª, título 14, libro 1.º de la N. limita, y no poco, la facultad real para la concesión de estas gracias, y establece la distinción, por medio de la cual se admitía la modificación del concepto, diferenciando la naturalización absoluta de la relativa, teniendo por de la primera clase la que se hacía en términos generales, extensivos a toda especie de conceptos, de modo que el naturalizado quedara para todo en la misma posición que si verdaderamente fuera natural, y comprendiendo en la segunda clase las que sólo se referían a objetos especiales. En el día, la naturalización, en cuanto tiene carácter de acto legislativo, debe ser objeto de una ley, pero gubernativamente se con-

(1) Art. 1.º de la Constitución vigente y 17 del Código civil.

cede, si bien con el indispensable requisito de ser oído el Consejo de Estado (1). Por lo que hace a diferencias esenciales entre los naturales y extranjeros dentro del derecho civil, la que principalmente debe notarse consiste en que los extranjeros, por lo que se llama fuero de extranjería, están sujetos a los tribunales militares, siempre que litiguen entre sí o sean demandados por los españoles (2).

En el mismo citado artículo constitucional se indica otra distinción de personas entre *vecinos* y *no vecinos*, puesto que en él se dice que una ley ha de determinar los derechos de los que hayan ganado vecindad. No falta quien crea que con la vecindad se tiene ganada la naturaleza: para ello sería preciso suponer que la vecindad es más y que en lo más se comprende lo menos. Esto es absolutamente inexacto: la vecindad y la naturaleza son dos cosas enteramente distintas: entre ellas no cabe, por consiguiente, comparación de mayor a menor, ni pueden considerarse tampoco como medios de conseguir por una la otra. Un extranjero, sin ser naturalizado, puede adquirir vecindad, y como vecino tendrá todos los derechos y obligaciones de tal, sin poder por ello ejercer las prerrogativas que sólo se conceden a los españoles. Por el contrario, hay muchos españoles que no tienen vecindad en ningún pueblo, y hay además muchos que son vecinos de dos o más poblaciones, porque se reconoce lo que en derecho se llama vecinos foreros. Sería preciso trasladar a este lugar una gran parte de la historia de la legislación para poder determinar los conceptos en que se ha establecido lo que en España se llama vecindad, los medios de conseguirla y los modos de concederla: nos limitaremos, por lo tanto, a decir que generalmente se ha admitido como razón suficiente, para

(1) Al presente han de cumplirse los requisitos de los artículos 25 y 330 del Código civil.

(2) Según el art. 51 de la Ley de Enjuiciamiento civil la jurisdicción ordinaria es la única competente para conocer de los negocios civiles que se susciten en territorio español entre españoles, entre extranjeros y entre españoles y extranjeros.

considerarlo a uno vecino, su residencia constante en cualquiera pueblo por espacio de diez años, y aun menos, si adquiría bienes raíces dentro de la jurisdicción de aquel mismo pueblo, o se dedicaba a algún género de industria poco movible, o se encontraba comprendido en alguno de los diez conceptos que se expresan en la ley 2.ª, título 24, Partida 4.ª Y esto creemos que basta a nuestro propósito, en consideración a que estas distinciones de naturales y extranjeros, vecinos o no vecinos, más que a la del derecho civil, se refieren a la esfera del público administrativo, pues a excepción de requerirse la vecindad como condición para ser testigos en los testamentos, pocas serán las ocasiones en que haya que atender a estas relaciones diferenciales. A los no vecinos se les llama simplemente residentes, y si ni aun la residencia tiene el carácter de permanente, vienen a reducirse a simples transeúntes (1).

Conceptuamos, por lo tanto, suficientes las ideas generales que dejamos expuestas acerca de la división de las personas para poder pasar a lo concreto de nuestro objeto, que es el examen de los derechos civiles, que, según la relación en que la persona se encuentre, deben atribuírsele. Los Romanos, para ello, empezaban por una muy sintética distinción, puesto que en ellas se comprendían todas las demás. Decían que las personas, o estaban constituídas en su derecho propio, o sujetas al derecho de otro; prescindían de los esclavos, porque, según ya hemos dicho, no los consideraban personas, y, ya dentro de la verdadera idea, reconocía la potestad marital el poder del marido sobre su mujer, la patria potestad el poder del padre sobre sus hijos, la potestad tutelar el poder de los tutores y curadores sobre los pupilos y menores. Todo lo que a estas tres potestades concierne constituye verdaderamente la parte del derecho referente a las personas y forma el objeto de ésta, que ha de ser la primera parte de nuestra obra, que iremos exponiendo y explicando por el mismo orden que resulta de su simple enunciación.

---

(1) Artículos 11 y 12 de la ley Municipal de 2 de octubre de 1877.

TÍTULO PRIMERO

Del matrimonio.

Naturaleza y origen del matrimonio. — Efectos civiles del matrimonio.

Si la razón nos demuestra, hasta el completo convencimiento, que nuestros primeros padres fueron creados por un Ser increado, por Dios, inmediatamente se desprende que el hombre fué creado para la sociedad, puesto que de su unión con la mujer procede el género humano. Es, por consiguiente, el matrimonio la idea primitiva y el supuesto fundamental de la sociedad: no será causa primaria, porque esta calificación sólo puede atribuirse a Dios, y así hay que reconocerlo, atribuyéndole el haber creado el hombre y la mujer, pero, supuesta la creación dentro de lo humano, se presenta ya con carácter de necesaria, hasta llegar a confundirse en una misma idea la causa y el efecto: para que exista la Humanidad, y con ella la sociedad, es preciso el matrimonio; para que exista el matrimonio es preciso que exista la sociedad. Así lo ha dispuesto Dios, y siendo lo cierto que esto se comprende sin más que acudir a la recta razón, de todo ello resulta que la institución del matrimonio es de derecho divino natural.

Pero, además, lo encontramos confirmado, del mismo modo que lo dicta la recta razón, en las Sagradas Escrituas, en el Antiguo y Nuevo Testamento, que son las verda-

deras autoridades a las que debemos sujetarnos los católicos. En el Génesis se explica la idea de sociedad entre el hombre y la mujer de tal modo que llega hasta su último término, pues siendo lo cierto que, para la existencia de la unión, es necesario, cuando menos, admitir el supuesto de dualidad, se presenta el matrimonio refundiendo la misma dualidad en la unidad. Los versículos 22 y siguientes del capítulo 2.º dicen: «Y formó el Señor Dios la mujer de la costilla que había tomado de Adán. Y dijo Adán: Ya ésta es hueso de mis huesos y carne de mis carnes; por esta causa dejará el hombre a su padre y a su madre, y se unirá a su mujer, y serán dos en un solo cuerpo.» Asimismo aparece confirmado por Jesucristo, según San Mateo, capítulo 19: de todo lo que viene a resultar que el matrimonio es de derecho divino natural y positivo, y uno de los siete Sacramentos de la ley evangélica, conforme lo declara San Pablo en su Epístola a los Ephesios, capítulo 5.º, versículo 32, y se encuentra definido en el canon 1.º de la sesión 24 del Santo Concilio de Trento, cuya ejecución y cumplimiento, conservación y defensa en todos los dominios españoles se ordenó y mandó por la Real cédula de 12 de julio de 1564, que es la ley 13, título 1.º, libro 1.º de la N.

Todo lo concerniente, por lo tanto, a lo sustancial del matrimonio en España es de derecho canónico, mas como verdaderamente constituye la base fundamental de la familia, produciendo efectos civiles, de tal modo se encuentran ligados y combinados los dos conceptos, que sería absolutamente imposible examinar y comprender el uno sin el otro; asimismo se ve confirmado en toda nuestra legislación, pues siendo lo cierto que los preceptos establecidos por nuestras leyes en esta materia están siempre basados en el derecho canónico, resulta que, aun para la determinación de sus efectos en lo estrictamente civil, es de todo punto indispensable acudir a lo determinado por la Iglesia para poder fijar los supuestos principales necesarios para la decisión de todos los casos cuestionables.

Examinaremos al efecto todo lo referente al matrimo-

nio como institución canónica, respecto a su constitución, a su existencia y a su disolución, y después lo que se refiere a los efectos civiles que la institución, en sus tres estados, produce con relación a las personas y bienes de la familia, tratando empero, como preliminar, de los esponsales, porque verdaderamente lo son del matrimonio, puesto que el contrato es su objeto.

CAPÍTULO PRIMERO

De los esponsales (1).

Concepto de los esponsales y sus clases.—Fuerza obligatoria de los esponsales.—Relación de la materia de esponsales con la matrimonial.

Esponsales se deriva del verbo latino *spondeo*, que tanto quiere decir en romance como prometer, y, por esta razón, en la ley 1.ª, título 1.º, Partida 4.ª, se llama a los esponsales o desposorios «prometimientos que facen los hombres por palabra cuando quieren casar». En la ley 2.ª del mismo título se establece la diferencia de los esponsales diciendo: «desposorios se facen de dos maneras: la una de ellas se face por palabras que muestra el tiempo que es por venir; la otra por palabras que demuestra el tiempo que es presente»; lo que manifiesta la distinción entre esponsales de futuro y esponsales de presente. Estos últimos constituían verdadero matrimonio, si después de celebrados no eran contradichos y los esposos llegaban a unirse carnalmente, y así lo explica la ley 3.ª; por manera que con sola la mutua propuesta y mutua aceptación de matrimonio en sentido de quedar ligados, no para celebrarlo, sino como si aquel acto se celebrase seguido de la cópula, cuando quiera que ésta se verificara, el matrimonio quedaba completamente perfeccionado. Seguíanse de aquí males sin cuento, porque quedando al arbitrio de los mismos contrayentes el contraer matrimonio sin necesidad de ninguna solemni-

---

(1) Artículos 43 y 44 del Código civil vigente.

dad y por actos en los cuales ellos solos intervenían, resultaban infinidad de matrimonios clandestinos, y, lo que es peor, de dudas y disputas sobre si verdaderamente existía o no unión legítima. El Concilio de Trento, considerando la gravedad del mal, trató de ponerle remedio, y al efecto, en el capítulo 1.º del decreto de reforma de la sesión 24, declaró írritos y nulos semejantes matrimonios, y sí sólo válidos los que se hicieran ante el párroco y dos o tres testigos.

De esto vino a resultar la verdadera anulación de los esponsales de presente, porque por más que las palabras expresen que la voluntad, que la convención de los contrayentes, es el quedar unidos en matrimonio, y por más que a este acto siga la cópula, si a él no concurren el párroco y los testigos, no será matrimonio, y sí cuando concurran; por manera que aunque las palabras expresen tiempo presente, si no contituyen verdadero matrimonio, por falta de concurrencia del párroco y los testigos, los esponsales serán de futuro, siendo lo cierto que, para la realización de su objeto, es necesario un acto posterior, cual es la celebración del matrimonio con la concurrencia de las personas indicadas. Desde el Concilio de Trento, por consiguiente, no cabe ya distinguir las dos mencionadas especies de esponsales: han quedado reducidas a una sola, a la de futuro, y por eso se ha modificado la definición diciendo que los esponsales son mutua promesa y mutua aceptación de futuro matrimonio.

La determinación de estas ideas es sumamente interesante, no sólo por lo que se refiere al principal objeto de la materia, sino porque sin ella se hace muy difícil comprender el verdadero sentido de nuestras antiguas leyes, que, hechas en tiempo anterior al Concilio de Trento, hablan acerca de los esponsales en términos muy ocasionados a la confusión, que sólo puede evitarse procediendo siempre sin perder de vista la modificación de los conceptos. Mientras los esponsales de presente, seguidos de la cópula, constituían verdadero matrimonio, como la unión carnal dependía exclusivamente de la voluntad de los contrayen-

tes, y, por consiguiente, el verdadero matrimonio se verificaba por un acto verdaderamente privado y hasta oculto, por lo mismo siempre incierto o de difícil justificación, las leyes, necesariamente, tenían que dar gran valor, gran fuerza, al acto público por el cual se constituía la recíproca obligación de los esposos; y de esto el que, para los efectos civiles, se tuvieran los esponsales, si no por completamente iguales, por muy semejantes al matrimonio, hasta el punto de que, sin gran violencia, puede admitirse que el matrimonio se constituía por medio de los esponsales, sin que éstos tuvieran más carácter que el de un contrato meramente civil. Entre los Godos, para esto hubo también otra razón. Durante su dominación en España se verificaron dos grandes acontecimientos: 1.° La unión del pueblo romano con el pueblo godo; 2.° La conversión de Recaredo al catolicismo. Cuando vinieron a España, los que la poblaban eran paganos los unos, cristianos católicos los otros; los godos, arrianos. Natural era la tolerancia religiosa, y, por consiguiente, la admisión del matrimonio como contrato meramente civil para todos los efectos legales. Aun después de la conversión de Recaredo, quedaron los españoles divididos en los tres mismos conceptos, y por más que la política de los reyes godos se encaminara a extinguir las diferencias entre godos y romanos o antiguos españoles, y entre paganos, arrianos y católicos, como este grande resultado tenía que venir lentamente, los legisladores, reconociendo el hecho, sus circunstancias y precisas consecuencias, se veían obligados a admitir como verdadero el matrimonio civil, y, naturalmente, a dar gran fuerza, gran valor a los esponsales, como legítimo contrato que tenía por objeto, más o menos inmediato, la legítima conyugal unión de los esposos.

Todo esto aparece confirmado por la generalidad de las leyes que se rozan con la materia en todos nuestros antiguos códigos: inconveniente sería acudir a todas ellas en comprobación de esta verdad, pero tampoco queremos dejar de presentar algunas, y, como las más determinativas del concepto, optamos por las que se refieren a adulterios,

para demostrar que en todo lo civil referente a esta materia, los esponsales se parifican con el matrimonio, y sí sólo se diferencian muy poco en lo penal. La ley 1.ª, título 4.º, libro 3.º del Fuero Juzgo, tratando del adulterio, distingue si el hombre procede por fuerza o con voluntad de la adúltera: si lo primero, salvo los derechos que puedan tener sus hijos legítimos a sus bienes, los somete al poderío de la mujer forzada, mas si el adulterio fuese fecho con voluntad de la muier, la muier y el adulterador sean metidos en manos del marido e faga dellos lo que quisiere. La ley 2.ª del mismo título, determinando lo mismo respecto de aquellos entre los cuales no exista matrimonio y sí esponsales, en todo lo referente a bienes, concluye diciendo: «Mas todavia el adulterador ó el marido ó el esposo e la esposa seran siervos daquel con quien fue primeramientre esposada»; de modo que toda la diferencia se reduce a que el marido de la adúltera puede hacer de los adúlteros lo que quiesiere, sin ninguna restricción, y, por consiguiente, su derecho se extiende hasta matarlos, y el esposo ofendido puede tomarlos por siervos. Pero aun esta diferencia viene a destruirse por las dos leyes siguientes, pues la 3.ª ratifica lo dicho en la 1.ª, y, por último, la 4.ª dice terminantemente: «Si el marido ó el esposo mata la muier hy, el adulterador non peche nada por el omecidio.» En el Fuero Real se encuentran consignadas las mismas prescripciones: la ley 1.ª, título 7.º, libro 6.º, da facultad al marido ofendido por el adulterio para matar a los dos adúlteros, pero no al uno sin el otro, y la 2.ª del mismo título faculta al esposo para constituir a los adúlteros en sus siervos, mas que no los pueda matar; por lo que respecta a los bienes, los mismos idénticos derechos se conceden en las dos leyes al marido que al esposo. Por último, la ley 1.ª, título 17, Partida 7.ª, dice terminantemente: «Adulterio es yerro que ome face á sabiendas, yaciendo con muger casada ó deposada con otro.» Véase, pues, la concordancia en que están todos nuestros antiguos códigos acerca de considerar casi parificado, en este punto tan grave y trascendental, el matrimonio con los esponsales, y véase al mismo tiempo la esen-

cial modificación de todos estos conceptos en el Código penal, cuyo art. 358 dice: «Cometen adulterio la muger casada que yace con varon que no sea su marido, y el que yace con ella sabiendo que es casada, aunque despues se declare nulo el matrimonio.» (1) Haciendo caso omiso de la desposada y concretando explícita y terminantemente el delito de adulterio a la mujer casada.

Dándose tal fuerza en nuestra legislación a los esponsales, natural y lógico era que para su validación se exigiesen ciertas formalidades; así es que todas las que en aquellos códigos se preceptúan vienen a ser las mismas para el matrimonio que para los esponsales. Vemos, pues, que en ellas se habla de bendición sacerdotal, de donaciones esponsalicias, de concurrencia de testigos, de entrega del anillo nupcial, del ósculo y del otorgamiento de escritura pública, y todo esto, no como exigido copulativamente, sino como hechos indicantes o comprobantes de la existencia del contrato. Resultaba, por consiguiente, vaguedad, indeterminación sobre lo que en términos generales debía tenerse por suficiente comprobación, y de aquí la necesidad de acudir a la consideración de los hechos que se alegaban y probaban para decidir especial y concretamente la duda en cada caso particular. La ley 18, título 2.°, libro 10 de la N. fijó y determinó que en ningún tribunal eclesiástico ni secular se admitieran demandas de esponsales, si no aparecían celebrados por personas habilitadas para contraer por sí mismas, según los requisitos expresados en la misma ley y resultando otorgados por escritura pública, y aun en tal caso que nunca se procediera como tratándose de asuntos criminales o mixtos, sino como puramente civiles; de modo que todo lo que del litigio sobre esponsales puede resultar es el resarcimiento de perjuicios y el impedimento impediente que la Iglesia reconoce para poder celebrar matrimonio el que por esponsales esté ligado con otra persona.

---

(1) Art. 448 del Código penal vigente.

Hemos necesitado adelantar esta idea, por la dificultad que siempre existe en querer tratar aisladamente de una parte de la materia sin comprender el todo: la misma necesidad nos constituye en la precisión de explanar algún tanto el concepto, que no podrá quedar completamente explicado hasta que nos ocupemos en el capítulo siguiente del matrimonio y de las causas que impiden o dividen. El contrato de esponsales obliga, liga a los esposos, no para cumplirlo, sino para no poder celebrar ni esponsales ni matrimonio con otros, pero con una muy notable diferencia, que consiste en que si cualquiera de los esposos contrae nuevos esponsales con tercera persona, serán nulos, pues no puede ofrecer ya lo que tiene comprometido, pero si contrae matrimonio, será válido, porque el vínculo, aunque posterior, como más fuerte que el anterior en la lucha, debe ser preferido. La Iglesia, el derecho canónico, así lo ha determinado, pero al mismo tiempo admitiendo como causa suficiente para negar el matrimonio los esponsales, la promesa solemne de celebrar el sacramento con otro; de todo lo que resulta que si cualquiera de los esposos sabe que el otro trata de casarse y se presenta, alegando su derecho, antes que se efectúe el matrimonio, podrá evitar su realización, pero si se presenta después de celebrado, ya no podrá anularlo, y sí sólo reclamar la indemnización, el resarcimiento de perjuicios, dentro de la limitada esfera del derecho civil, según lo hemos visto consignado en la citada ley 18. Y todavía sobre esto es preciso tomar en cuenta que, si bien el matrimonio destruye la fuerza de los esponsales, el esposo que se casa con otra tercera persona queda siempre ligado a la primera para el caso de viudez, y no así el que ha sufrido la ofensa, doctrina que también se extiende al caso de contraer otros nuevos esponsales. Por medio de un ejemplo práctico se conseguirá una completa claridad acerca de este punto: Pedro y Juana tienen contraídos esponsales: Pedro contrae otros con Luisa; Juana queda quita de toda obligación, pero con el derecho de impedir que Pedro se case ni con Luisa ni con ninguna otra; Luisa podrá impedir que Pedro se case con cualquiera que no sea

Juana. Pedro se casa con Luisa o con otra: Juana queda quita de toda obligación, pero con derecho para, si Pedro queda viudo, impedir que vuelva a casarse con otra; de todo lo que resulta que el matrimonio es uno de los medios de extinguirse la fuerza de los esponsales, si bien admitiendo en el concepto las modificaciones explicadas.

Por otras razones, además, se destruye la fuerza obligatoria de los esponsales: la ley 8.ª, título 1.º, Partida 4.ª, las comprende diciendo que son nueve, en estos términos: «1.ª Si alguno de los desposados entra en orden de religion, lo que bien puede facer magüer el otro lo contradigese. E esto se entiende que lo puede facer ante que se ayuntasen casualmente. E el otro que non entra en orden puede demandar quel dén licencia que casase, e debengela dar.» Desde luego, en el modo de expresarse la ley se ve que parte del supuesto de que la unión carnal después de los esponsales constituya verdadero matrimonio, o, cuando menos, vínculo indisoluble; como esto está modificado, es preciso también modificar el concepto, reconociendo que los esponsales pierden su fuerza si cualquiera de los dos entra en religión aprobada, empero de modo que el que queda en el mundo está completamente desobligado, y el otro, aunque por su mera voluntad pueda ingresar en la Religión, si de ella se sale sin profesar, vuelve a incurrir en la obligación sin readquirir el derecho. El recibir órdenes sagradas, por el inherente voto de castidad que llevan consigo, rescinde también los esponsales, sin que respecto de esto quepa ninguna distinción, puesto que no cabe el término medio entre el ingreso y la profesión; así es que la obligación recíproca subsiste hasta el voto, y desde él resulta la liberación del que no lo hace. Sigue la ley: la segunda «cuando alguno dellos se va á otra tierra, e non lo pueden fallar, nin saber dó es. Ca por tal razon debe el otro esperar fasta tres años, e no si non viniere estonce, puede demandar licencia para casar, e devengela otorgar. Pero deve facer penitencia de la jura e del prometimiento que fizo, que casaria con él, si por su culpa fincó que se no cumplió el casamiento». Distinguen los canonistas la ausencia voluntaria de la ne-

cesaria, y deciden que el tiempo que la ley fija en tres años debe extenderse o restringirse, tomando en cuenta la distinción, porque si la ausencia es voluntaria, y con ella coincide la circunstancia de no saber dónde reside el ausente, produce motivo para suponer ocultación injuriosa al otro esposo, dando causa suficiente para extinguir la obligación. La tercera es, dice la ley, «si alguno dellos se face gafo ó contrecho, ó cegase, ó perdiese las narices, ó le aviniese alguna otra cosa mas desaguisada que alguna destas sobredichas». Todo esto se refiere al estado físico de las personas, que, siendo tan atendible para el matrimonio, cualquiera variación grave que en él acontezca no puede menos de producir el convencimiento de que, si hubiera existido al tiempo de contraer los esponsales, hubiese bastado para impedir la convención, es decir, que la pérdida de la salud y de la belleza, en lo que deba considerarse sustancial, se considera suficiente causa para que el esposo que se conserve en el mismo estado que al tiempo de contraer los esponsales pueda negarse a la celebración del matrimonio prometido.

La cuarta razón de las expresadas en la ley como suficiente para rescindir los esponsales está concebida en estos términos: «si ante que oviesen de ser en uno acaesciese cuñadia entrellos, de manera que alguno dellos se ayuntase carnalmente con pariente ó con parienta del otro». En ésta ya entra por motivo la interposición de un impedimento dirimente, cual es el llamado afinidad, y que, en el lenguaje de las Partidas, se llamaba cuñadía. Es uno de los que se comprenden en la idea general del parentesco; en el capítulo siguiente tendremos ocasión y necesidad de explicarlo latamente: bástanos, por lo tanto, ahora decir que como siempre se supone, al contraer los esponsales, posibilidad de contraer el matrimonio, y que ésta subsista hasta que verdaderamente se contraiga, cualquiera impedimento suficiente a contradecir la suposición produce la rescisión del contrato. La quinta es: «si los que son desposados se desaviniesen e consiente amos para departirse»; esto sencillamente se funda en el principio de que las cosas pueden

deshacerse del mismo modo que se han hecho: si, pues, por el mutuo consentimiento se han obligado, por el mutuo disentimiento pueden desobligarse. Pero no puede prescindirse de considerar que si los esponsales eran de presente, y a ellos había seguido la cópula, ya no eran disolubles por el mutuo consentimiento, porque ya no eran esponsales, sino verdadero matrimonio, si bien en el día esta distinción que se encuentra en los antiguos autores ya no puede tener lugar desde que, conforme al Concilio de Trento, sólo cuando concurra el párroco y dos o tres testigos podrá reconocerse la existencia de verdadero matrimonio. La sexta es: «cuando alguno dellos face fornicio, porque se puede partir el casamiento. Ca si el ome puede dejar su muger, faciendo adulterio, mucho mas lo puede facer, de non rescebir aquella con quien es deposado cuando tal yerro face». La disposición de la ley es clara, terminante; se funda en la razón y en la sana moral: el esposo inocente no debe ser obligado a la unión con el que ha faltado a la fe jurada, pero la razón que da la ley casi puede suponerse anatematizada por el Concilio de Trento, si no se entiende como verdaderamente debe entenderse, y por cierto que, atendiendo al literal contexto de las palabras, habría de interpretarse muy contra lo ortodoxo. No es cierto que el ome pueda dejar su muger faciendo adulterio, no es cierto que el adulterio de uno de los cónyuges liberte al otro del ligamiento del matrimonio; es cierto, sí, que por mucho tiempo se dudó acerca de esto, y parece que los sabios autores de las Partidas se inclinaban a la afirmativa. Al tratar de las causas por las cuales se disuelve el matrimonio nos ocuparemos de este punto. Excusamos copiar el texto legal referente a la razón séptima, por la cual pueden rescindirse los esponsales, ya porque es muy largo, ya porque todo él se reduce a lo que tenemos dicho. Los esponsales se rescinden por el matrimonio posterior con un tercero de cualquiera de los dos esposos, pero no por otros esponsales posteriores: a esto se reduce todo, y la extensión que en la ley se da al modo de expresar el concepto consiste en distinguir los esponsales de

futuro de los de presente seguidos de la cópula, originándose un modo muy embarazoso de expresar por medio de esta distinción los conceptos. La octava razón por que se deshace el desposorio es «cuando lievan robada esposa de alguno e yacen con ella ca non es tenudo de casar con ella si non quissiese». Hemos visto en la sexta que el fornicio voluntario de los esposos es motivo suficiente para la rescisión del contrato: según esta octava causa, también el fornicio ocasionado por fuerza en la desposada liberta al esposo de la obligación de contraer el matrimonio; la razón, por clara y sencilla, puede dejar de expresarse.

La novena razón es «cuando algunos se desposan ante que sean de edad. Ca cualquier dellos que sea menor de dias desque fuere de edad, si non quisiere cumplir el casamiento, estonce puede demandar licencia, que pueda casar con otro ó con otra, e devengela otorgar, e quitar del desposorio que oviese fecho así. Mas si cuando se desposasen, el uno fuese de edad complida e él otro non, el mayor debe esperar al menor fasta que sea de edad. E si el menor quisiese consentir en el matrimonio despues que fuese de edad, devenlo apremiar al otro que cumpla el casamiento porque consintió seyendo de edad; fueras ende si este mayor se oviese desposado con otra por palabras de presente ó entrase en orden». Esta novena razón viene a dar cumplida explicación a lo determinado por la ley 6.ª del mismo título respecto de poder contraer esponsales los que sean mayores de siete años. Declara esta ley 6.ª que, aun antes de esta edad, pueden los padres tratar el casamiento de sus hijos, pero que éstos no quedarán obligados si, después de cumplir los siete años, no consintieren, resultando que desde los siete años ya pueden ligarse el hombre y la mujer por medio de los esponsales. Esto aparece a todas luces violento, pues no puede menos de serlo el que en tan corta edad, con tan escaso discernimiento, se suponga eficaz un vínculo de tan grave trascendencia. Por la novena razón de las comprendidas en la ley 8.ª, explicándose el concepto, se determina que los esponsales contraídos antes de la edad cumplida necesaria para el matrimonio, si bien se tengan

por legítimos, puedan rescindirse, y perfectamente se distingue la fuerza obligatoria que producen respectivamente a cada uno de los esposos, cuando el uno es de edad cumplida y el otro no. Concluye la ley diciendo: «En las dos destas nueve razones por que se desfacen los desposorios, que es la una quando alguno dellos entra en orden de religion, e la otra quando alguno se casa por palabras de presente ó de futuro, e se ayuntan casualmente, segun dice en las leyes ante desta: en ninguna destas maneras, non ha porque demandar licencia para desfacer el desposorio. E esto es, porque tan solamente por el fecho solo se desface el desposorio. Mas en todas las otras maneras deven ser desfechos los desposorios por juycio de Santa Eglesia.» Con esto se viene a determinar el supuesto de que, de las nueve, las dos expresadas causas de entrar en religión aprobada y contraer verdadero matrimonio, por sí solas producen la rescisión de los esponsales, necesitando las demás declaración concreta en juicio eclesiástico. Consiguiente era esto a todo lo que por los derechos canónico y civil antiguos se reconocía respecto de esponsales, puesto que, no habiendo todavía determinado la Iglesia en qué debía consistir la solemnidad del acto que produjera la unión canónica, necesariamente tenía que intervenir en la determinación de si los actos que, aunque civiles, llegaban a dar causa al verdadero sacramento, producían o no los efectos del vínculo matrimonial. Desde el Concilio de Trento, ya lo civil y lo canónico quedó completamente distinguido: ya, para que exista lo primero, es absolutamente indispensable la concurrencia del párroco y los dos o tres testigos, ya, faltando esto, todo lo demás es puramente civil y sumamente latas las consecuencias que de semejante variación resultan. Hemos visto constantemente las leyes de Partida que hemos examinado distinguiendo la fuerza, la eficacia que debía darse a los esponsales de presente seguidos de la cópula de la que tenían los de futuro: en todas las leyes del mismo título 1.°, de la Partida 4.ª, se observa que aun a los ligados meramente con esponsales de futuro se les considera obligados al cumplimiento del contrato. Si nos

remontamos a las legislaciones más antiguas, todavía observaremos más eficaz esta misma obligación, pero al mismo tiempo siempre sujetándose su eficacia y cumplimiento al criterio de la autoridad de la Iglesia, al juicio eclesiástico, y, por consiguiente, sin más medio de coacción directa para obligar al cumplimiento que las penas canónicas y la negación de matrimonio con terceras personas, según también se ve consignado en la ley 7.ª de dicho título. Todo esto, a consecuencia de la sustancial modificación, ha venido también a variarse, como se determina en la ya citada ley 18, título 2.°, libro 10 de la N., por la cual se declaró fuera de la jurisdicción eclesiástica la materia de esponsales, y sujeta en todo y por todo a la estricta esfera del derecho civil.

Otro de los puntos que en la legislación antigua, y aun en la moderna, llegaba a mezclarse con el derecho canónico, era el referente a las autorizaciones o licencias que los constituídos bajo la patria potestad, o bajo curatela, necesitaban para contraer esponsales y matrimonio. Por las mismas razones indicadas, esas autorizaciones, esas licencias, se preceptuaban como necesarias, tanto para contraer los esponsales como el matrimonio, y aun las fórmulas jurídicas aparecían más directamente determinadas respecto de los esponsales que del matrimonio, porque su falta producía nulidad en los primeros, mucho más cuando eran de futuro, y no respecto de los segundos, pues una vez reconocida la existencia del verdadero matrimonio, aun contraído por los que necesitaban licencia, sin haberla obtenido, quedaba eficaz y subsistente, y sólo la omisión venía a constituir falta punible dentro del mismo derecho civil, pues la pena estaba reducida a privación de derechos hereditarios y otros que podían llamarse familiares. También esto, desde la completa distinción entre lo civil y canónico, ha sufrido una sustancial modificación. El requisito de la licencia respecto de esponsales ha venido a reducirse al simple concepto determinativo de validez o nulidad: los que los otorguen sin la debida autorización de sus superiores, conforme a la ley recopilada que hemos citado, rea-

lizan un acto completamente ineficaz, jurídicamente nulo, pues sólo podrán considerarse obligados en el fuero interno, sin que, ni civil ni canónicamente, en el fuero externo puedan ser compelidos al cumplimiento de la obligación, ni aun por el medio indirecto de reconocerse como impedimento para poderse casar con otro; esto, por lo que respecta a los esponsales: en lo que se refiere al matrimonio, la necesidad de las licencias producirá el efecto de que la autoridad eclesiástica no conceda su celebración al que se presente a solicitarlo sin cubrir este requisito, pero si por ignorancia, o por cualquiera otra causa, el matrimonio llega a contraerse, la falta de ese requisito no será suficiente causa de nulidad: por manera que, llevando, por decirlo así, lo civil a lo canónico, la falta de las debidas autorizaciones o licencias constituirá lo que técnicamente se llama impedimento impediente, y nunca el dirimente. Resultando de todas estas consideraciones que así como por la antigua legislación, este punto especial, referente a las licencias para contraer esponsales y matrimonios, afectaba tanto a los unos como a los otros, y por rozarse más bien con el derecho civil que con el canónico, debía tratarse al considerar la materia de los esponsales, en la actualidad conviene reservarlo para cuando se trate de los matrimonios.

Con lo que hasta aquí dejamos expuesto podrá comprenderse la materia de esponsales en cuanto se considere separada de lo concerniente al matrimonio, es decir, cuando de ella se haya de tratar como mera cuestión civil, y aun como causa que impida el matrimonio que se trate de contraer; pero como tan íntimamente ligada está, con muchos puntos esenciales, al matrimonio sacramental, nos veremos, en el capítulo siguiente, precisados a tratarla en otros diferentes conceptos, puesto que los esponsales constituyen una de las clases de parentesco que llega a producir impedimento dirimente, causa suficiente para que las personas entre las cuales exista esta razón, aun cuando aparezcan casadas, deba decidirse que no lo están. No es posible, por lo tanto, explicar por completo la materia ob-

jeto de este capítulo sin mezclarla con la del siguiente; y así como al tratarla especialmente nos hemos visto obligados a varias referencias de la concerniente al matrimonio, al ocuparnos de éste, en el capítulo siguiente, tendremos que explanar con bastante latitud algunas de las ideas que hemos indicado como pertinentes a los esponsales.

CAPÍTULO II

§ I

Del matrimonio en general, y sus diferentes especies (1).

Concepto del matrimonio.—Definición de las Partidas.—Sacramento del matrimonio.—Señales externas necesarias: materia, forma y ministro.—Objeto.—Consentimiento.—Clases de matrimonio: iniciado, legítimo, rato y consumado. Putativo, clandestino, de conciencia.—Etimología de la palabra matrimonio.

La ley 1.ª, título 2.º, Partida 4.ª, da la siguiente definición del matrimonio: «Ayuntamiento de marido e muger fecho con tal intencion de vivir siempre en uno e non se departir, guardandose lealtad cada uno dellos al otro e non se ayuntando el varon a otra muger, nin ella a otro varon, viviendo ambos a dos.» Si sólo hubiera de considerarse el matrimonio como una institución civil, podría aceptarse, desde luego, esta definición, o, si se quiere, sustituirla con otra más breve y compendiosa, sin dejar por eso de ser tanto o más clara, diciendo «que es la union indisoluble de varon y muger con objeto de procrear y educar la prole y de auxiliarse en sus mutuas necesidades». Pero considerando que el matrimonio no es meramente una institución del derecho civil, sino que entre nosotros los cristianos se encuentra elevado a la categoría de sacramento, es indispensable definirlo de un modo que más extensamente comprenda su verdadera esencia. Lo definiremos, por lo tanto, un sacramento de vivos, propio de los legos, por el cual el hombre y la mujer se unen, según los

(1) Artículos 42 y 75 a 82 del Código civil.

Cánones de la Iglesia, para vivir siempre juntos, procreando y educando la prole, guardándose fidelidad y auxiliándose mutuamente en sus respectivas necesidades. Para fijar el sentido de cada una de las partes de esta definición se hace preciso pararse algún tanto en la significación de las palabras.

Se dice que el matrimonio es sacramento: así está declarado, en razón de significar la unión de Jesucristo con su Iglesia y de haber dicho San Pablo, en su Epístola a los Ephesios, capítulo 5.º, versículo 32: «Este sacramento es grande, mas yo digo en Cristo y en la Iglesia *(magnum sacramentum).*» Debe ser, por consiguiente, como todos los demás, signo perceptible de gracia invisible; y, efectivamente, aunque exista intención mutua, ésta, por sí sola, no llegará a constituir el sacramento, si no existe en las señales externas que la Iglesia ha determinado como necesarias.

Estas señales, generalmente a todos los sacramentos, se comprenden en las ideas de materia, forma y ministro; y para que separadamente del matrimonio, y sin necesidad de detenernos en su lata explicación, que tendría que ser, no sólo canónica, sino teológica, puedan entenderse, las expondremos por medio de un ejemplo relativo a otro sacramento, decidiéndonos por el del bautismo, que es el primero de nuestra sacrosanta Religión. En él, la materia es el agua; la forma, el modo de derramarla sobre la cabeza del bautizado y las palabras que en el acto se pronuncian; el ministro es el bautizante. Pero, en cuanto al matrimonio, los teólogos disputan acerca de qué es lo que constituye la materia, la forma y el ministro, y la Iglesia no lo ha determinado. Unos dicen que constituyen la materia los mismos contrayentes, y la forma las palabras con que expresan su consentimiento; otros, que las palabras y el consentimiento por ellas expresado constituyen la materia y la forma, a lo que algunos añaden que los contrayentes se constituyen en ministros; otros, que la materia es el contrato, o esencialmente el consentimiento: la forma, la bendición sacerdotal y el ministro, el mismo sacerdote que

bendice. Si la Iglesia no decide, no nos es permitido decidir, ni aun siquiera opinar, porque no siendo teólogos, ridícula sería nuestra opinión entre ellos, pero sí debemos y podemos consignar que todos los que disputan, dudan y opinan, convienen, ya teniéndolo unos por materia, ya otros por forma, en que el matrimonio es contrato, y que, por lo tanto, en él es preciso el mutuo consentimiento con mutua manifestación de su existencia, y así es que en las Decretales, libro 4.°, título 1.°, capítulo 25, terminantemente se declara que por el legítimo consentimiento se contrae el matrimonio, pero que para prueba es indispensable la manifestación verbal u otro cualquier signo equivalente: de modo que puede decirse con toda seguridad que la causa eficiente del matrimonio es el mutuo consentimiento expresado, manifestado por signos materiales, y que, sin embargo de nuestra prudente reserva, precisados nos veremos a decir algo respecto de la gran cuestión.

Se dice en la definición que es sacramento de vivos. Teológicamente, se dividen los sacramentos, usando un modismo científico, en de vivos y de muertos: los de vivos son los que deben celebrarse en gracia para aumento de la misma; los de muertos, los que se celebran en pecado para adquirir la gracia: el matrimonio es de los primeros; y se añade: propio de los legos, para significar que los clérigos están excluídos de él. Síguese en la definición diciendo: por el cual el hombre y la mujer se unen según los Cánones de la Iglesia, significando así que cualquiera que sea el género de unión que se establezca entre el hombre y la mujer, como no se verifique conforme la Iglesia ha determinado para que constituya verdadero matrimonio, nunca lo será, nunca constituirá verdadero sacramento.

Por último, se añade, para vivir siempre juntos, procreando y educando la prole, guardándose fidelidad y auxiliándose en sus mutuales necesidades, fijando de este modo cuál es el objeto y fin sustancial de la unión, cuáles son las verdaderas obligaciones que, por consentidas, se originan entre los contrayentes, en términos de que, si no se supone que a ellas se extiende el consentimiento, su

falta argüiría necesariamente nulidad en el sacramento, y que, por consiguiente, en la fórmula convencional y sacramental se suponen y reconocen comprendidas con toda la debida y necesaria extensión.

El consentimiento, por consiguiente, ha de ser perfecto; todo lo que pueda perjudicarlo lo vicia, implicando contradicción en los términos; pero, por lo mismo, siempre que resulte perfecto, debe considerarse eficaz. Esta proposición vendrá a explanarse por completo al tratar de los impedimentos, causas o razones por las cuales, o los que quieren contraer están imposibilitados para realizar sus deseos, o se reputan suficientes para deberse tener por nulo o írrito el contrato, aunque aparezca formalmente celebrado; pero prescindiendo por ahora de la determinación de estos conceptos, el consentimiento ha de ser de tal manera libre, que ni el juramento, de prestarlo, obliga, pues terminantemente, en el capítulo 17, título 1.º, libro 4.º de las Decretales, se dice que el que juró contraer matrimonio debe ser más bien amonestado que compelido a contraerlo. Por falta del consentimiento, naturalmente se desprende que el privado de razón no pueda contraer matrimonio, y la necesidad de distinguir si el que trata de contraerlo padece la enfermedad mental constantemente sin interrupción, o si alternan en él las situaciones de locura y entero juicio, si en este segundo estado, que se llaman lúcidos intervalos, lo contrae, será válido, porque entonces está en capacidad de obligarse por su conocimiento, que se reconoce perfecto, según se determina en la ley 6.ª, título 2.º, Partida 4.ª, en entera conformidad con el capítulo 24, título 1.º, libro 4.º de las Decret. Ya hemos dicho ser necesaria una forma de expresión del consentimiento: comunmente suele ser la palabra; mas como se encuentran algunos privados de ella, puede sustituirse por otro signo equivalente, y de aquí la declaración comprendida en el capítulo 23, título 1.º, libro 4.º de las Decret., y ley 5.ª, título 2.º, Partida 4.ª, de que el mudo y el sordo pueden contraer matrimonio.

Con estos antecedentes podemos ya entrar a la distinción de las diferentes clases de matrimonio, que canónica

y civilmente se hacen, y son: *iniciado, legitimo, rato* y *consumado.* Llámase *iniciado* el que resulta de los esponsales, mientras su fuerza subsiste, es decir, mientras no ha llegado a celebrarse el verdadero matrimonio a que ellos mismos se refieren, ni ha sobrevenido causa que los invalide: así se explica en el Decret. Græ., parte 2.ª, causa 27, cuestión 2.ª, capítulos 23 y 24. Dícese *legitimo* aquel que se contrae conforme a las leyes civiles, pero no con los requisitos canónicos; de modo que en las naciones en las cuales, por sus legislaciones civiles, no se exija, para la legítima unión del hombre y de la mujer, que el matrimonio se eleve a sacramento, será legítimo si se celebra en el concepto indicado: pero por la misma razón, si para que haya verdadero matrimonio, según las leyes civiles, es preciso que se haya celebrado sacramentalmente, sólo podrá llamarse matrimonio legítimo el que haya sido contraído por medio del sacramento, y en este sentido se toma la frase siempre que se encuentra en las leyes o en cualquier género de documento. Llámase matrimonio *rato* el que se celebra con todos los requisitos canónicos, de modo que ya canónicamente se tenga por indisoluble, aunque se hayan omitido los requisitos civiles; pero tan sólo se da esta denominación a la unión que existe entre los cónyuges mientras no han realizado la cópula carnal, pues en ésta consiste la *consumación,* y desde ella, sea verdadera o presunta, el matrimonio se halla consumado. Esto tendrá mayor explicación cuando tratemos de la invalidación o nulidad del matrimonio y de la separación de los cónyuges; pero con lo dicho basta ya para poder determinar los conceptos que expresan los canonistas, conforme al Decret. de Græ., parte 2.ª. causa 28, cuestión 1.ª, capítulo 22, diciendo que el matrimonio es legítimo y no rato cuando está celebrado conforme al derecho civil y no al canónico; rato y no legítimo cuando, por el contrario, se han observado los requisitos canónicos y no los civiles; legítimo y rato cuando se hayan observado las solemnidades civiles y canónicas. Los Cánones reconocen precisamente las tres especies: en el capítulo 1.º, título 1.º, libro 4.º de las Decret., se declara que

es válido el matrimonio por el mero consentimiento, aunque se hayan omitido las ritualidades a que debían sujetarse los contrayentes, según su propio derecho civil; en España, el matrimonio, para ser legítimo, tiene que ser rato, y siempre que es rato es legítimo.

Esto es lo que sustancialmente puede considerarse sobre las diferentes clases de matrimonios: distínguense, sin embargo, algunas especies que vienen a determinar ciertos conceptos científicos, para cuya expresión se han aceptado locuciones, que más bien significan modificaciones de los conceptos que ideas fundamentales. Llámase matrimonio *putativo* el que contraen personas entre las cuales existe impedimento que pueda ser causa suficiente para la invalidación del matrimonio. Lo más esencial acerca de este punto es la necesidad de distinguir si los contrayentes proceden con ignorancia del impedimento, y, por consiguiente, con buena fe, o si, por el contrario, en los dos, o cuando menos, en uno de ellos, por conocer la imposibilidad en que estaba de casarse con el otro, ha habido malicia. La buena fe, respecto de esto, como de todo, se presume, mientras no se prueba lo contrario, y la prueba incumbe a quien trata de impugnarla, al que alega la malicia. Toma esta especie de matrimonio su nombre del verbo *putare*, creer o juzgar, porque tanto para los contrayentes como para todos los demás, existe la creencia, aunque no la verdad, la realización de la idea, la existencia del verdadero matrimonio. Concordando las leyes 1.ª, título 13, y 2.ª, título 15, Partida 4.ª, resulta que los hijos de los que se casan en faz de la Iglesia con todos los requisitos externos civiles y canónicos, aunque exista causa suficiente para declarar nulo el matrimonio, como hayan sido procreados antes que sus padres la conozcan, son legítimos, e esto seria tambien si ambos non supiesen que y habia tal embargo, como si non lo supiese mas del uno dellos. Pero si el matrimonio se ha celebrado en oculto, no serán los hijos legítimos, aunque los contrayentes quisieran alegar que ignoraban el impedimento. Esto creemos suficiente, por ahora, para determinar la idea del matrimonio putati-

vo, en atención a que en lo sucesivo tendremos que ocuparnos de su explanación, con referencia, ya a la distinción de los diferentes conceptos de legitimidad e ilegitimidad de los hijos, ya, por lo mismo, a varios puntos comprendidos en el tratado del derecho hereditario.

Tampoco podemos prescindir de indicar en este capítulo la idea de los matrimonios *clandestinos*. Gramaticalmente se comprenden en la denominación todos los que permanecen ocultos; ideológicamente no pueden tenerse por tales aquellos que, por carecer de los requisitos necesarios para su validez, son nulos, porque sin objeto no pueden concebirse condiciones o cualidades. Antes del Concilio de Trento, los Cánones y las leyes distinguían necesariamente con mucha extensión las circunstancias por las cuales debían o no calificarse de clandestinos los matrimonios; mas desde que en aquel célebre Concilio se exigió para la validez la presencia del párroco u otro sacerdote autorizado por él, y de dos o tres testigos, declarando írritos los que contra esta determinación se celebraran, ha venido a resultar que, cuando se omitan esos requisitos, no se tendrá el matrimonio por existente, y, por consiguiente, no podrá llamarse clandestino, y que cuando verdaderamente esos requisitos se hayan cumplido, el matrimonio existirá, y hasta con carácter de publicidad, porque tendrá toda la necesaria para su validez, por lo que tampoco podrá llamarse clandestino. Sin embargo, como vulgarmente es absolutamente imposible determinar por medio de las palabras la exactitud de las ideas, y como aun científicamente ofrece esto inmensa dificultad, no sólo en lo vulgar, sino en lo técnico, se usa el adjetivo de que nos estamos ocupando para distinguir aquellos matrimonios que lo son por estar celebrados canónicamente con la publicidad exigida por el Concilio de Trento, pero que no adquieren otra más extensa publicidad, y por justas y razonables causas permanecen ocultos, y hasta en libros separados en las mismas parroquias. La ley 1.ª, título 3.º, Partida 4.ª, distingue tres clases de matrimonios clandestinos: la primera es cuando lo facen encubiertamente e sin testigos, de guisa que non

se pueden probar. Éstos, conforme lo que dejamos dicho, desde el Concilio de Trento no son matrimonios clandestinos, porque no son matrimonios. La segunda es cuando lo facen ante algunos, mas non demanda la novia a su padre o a su madre o a otros parientes que la han en guarda, nin le dan sus arras ante ellos, nin le facen las otras honras que manda santa eglesia. Éstos, si a pesar de omitirse en ellos los requisitos que la ley indica, se celebran ante el párroco y dos testigos, serán verdaderos matrimonios y deberán calificarse de clandestinos porque así los clasifica la ley. La tercera es cuando non lo facen saber concejeramente en aquella eglesia onde son perrochanos. De éstos tenemos que decir lo mismo que en los anteriores, por la misma razón fácil de comprender con lo que dejamos expuesto. Al ocuparnos en el párrafo siguiente de la falta de la asistencia de los párrocos y los testigos como razón bastante para hacer írrito el matrimonio, tendremos necesidad de explanar algún tanto más estas ideas.

Otra de las modificaciones del concepto general es la que se significa por medio de la locución matrimonios de conciencia: canónicamente se llaman así los matrimonios celebrados ante el párroco y dos o tres testigos, es decir, con la estricta publicidad para cubrir la fórmula sacramental, pero ocultándolos en todo lo demás, hasta el punto de no inscribirlos en los libros parroquiales, y sí en otro secreto o reservado. Puede verse, acerca de este punto, la bula *Satis vobis compertum*, de Benedicto XIV, en la cual, con la mayor precisión se establecen todos los requisitos con que deben celebrarse esta clase de matrimonios, y también los necesarios para la legitimación de la prole de ellos procedente. Pero también se ha llamado matrimonios de conciencia a los que se han publicado hasta por medios más solemnes que el común u ordinario, de modo que es verdad una de las calificaciones menos determinadas, y por lo mismo suele acudirse a ella en casos muy raros por sus especialísimas circunstancias. Tratando nosotros de dar a la frase la más aproximada significación jurídica, creemos que deberán comprenderse en la calificación aque-

llos matrimonios que, habiéndose celebrado conforme a los Cánones de la Iglesia, se consideran insuficientes para producir todos los efectos legales en el derecho civil, especialmente los que se refieren a la consiguiente variación de las condiciones sociales de las personas, y tienen verdaderamente el objeto de constituir a los contrayentes en posición legal y canónica de verdaderos y legítimos cónyuges, con distinción, sin embargo, de los efectos comunes a los demás matrimonios. Creemos excusado el dar mayor explanación a estas ideas, porque siendo estos matrimonios, como dejamos dicho, raros y especialísimos, motivados siempre por causas y circunstancias excepcionales, raya en el imposible comprenderlos en ideas generales, y para su completa explicación sería preciso engolfarnos en un embarazoso casuísmo. También suele significarse el matrimonio celebrado entre personas de diferente condición, sin que por eso se cambie la correspondiente a cada uno de los contrayentes, con el epíteto *morganático*, muy significativo en los idiomas teutónicos, pero que ni en nuestro lenguaje ni en nuestra patria legislación puede admitirse como técnico.

Para concluir este párrafo debemos sencillamente exponer la razón etimológica e ideológica de la palabra matrimonio. Se compone de la latina *matris et munium*, que significan oficio o carga de la madre, aludiendo a ella más directamente que al padre, porque, efectivamente, la preñez, la lactancia, el exquisito cuidado que necesita la prole, particularmente en su infancia, hace la sociedad conyugal más onerosa a la madre que al padre; equitativo y justo, por consiguiente, es que se compense esta diferencia con la remuneración honorífica de darle a tan alta institución nombre tomado de la madre y no del padre; por ende, como dice la ley 2.ª, título 1.º, Partida 4.ª, es llamado matrimonio e non patrimonio.

§ II

Quiénes pueden contraer matrimonio (1).

Esencialidad del consentimiento.—Impedimentos.—Clases de impedimentos: dirimentes e impedientes. — Impedimentos dirimentes. — Error: En la persona, en la condición, en la cualidad y en la fortuna.—Fuerza.—Miedo.—Rapto. — Crimen.— Disparidad de cultos. —Matrimonio oculto. — Ligamen matrimonial anterior.— Votos solemnes. — Impotencia. — Parentesco. — Impedimentos impedientes. — Incesto. - Rapto.— Parentesco espiritual. —Homicidio.—Bautismo.— Prohibición de la Iglesia.— Voto simple.— Esponsales.— Licencia o consentimiento para contraer matrimonio.—Dispensa de impedimentos.

A la pregunta que se comprende en el epígrafe de este párrafo debe contestarse convirtiendo la proposición y diciendo: pueden contraer matrimonio todos aquellos a los cuales no les está prohibido, porque, de este modo, se viene a admitir la generalidad, facilitando la inteligencia de su extensión con la determinación de sus excepciones; así es que este método ha sido el adoptado por la mayor parte de los expositores, y aun se encuentra sancionado por la ley 6.ª, título 2.º, Partida 4.ª, en estos términos: «Casar pueden todos aquellos que han entendimiento sano para consentir el casamiento, e que sean tales, que non ayan embargo que les tuelga de yazer con las mugeres; fueras aquellos a quien defiende el derecho, señaladamente, que non pueden casar.» Nada creemos necesario añadir a lo que dejamos dicho respecto al consentimiento en general, si bien es preciso tener siempre presente que, como esencial en el contrato, todo aquello que vicie su esencia, viciará el sacramento, porque esto ha de resaltar en muchas de las razones o causas que se comprenden entre las que se consideran suficientes para impedir o anular el ma-

(1) Artículos 43 a 52 del Código civil.

trimonio, y cuyo analítico examen ha de venir a formar el orden que se desprende del método indicado; con lo que podemos ya entrar de lleno en él.

No pueden contraer matrimonio aquellos a quienes afecte alguna razón que lo impida: estas razones, naturalmente, se llaman impedimentos, y se dividen en dos clases: unos se llaman *dirimentes*, y otros, *impedientes*. Son dirimentes aquellos que, existiendo, hacen imposible el matrimonio, de modo que, si son conocidos antes de contraerlo, son razón suficiente para que no se contraigan, y si después, aunque se hayan celebrado todos los requisitos formales, lo anulan, o, lo que es lo mismo, son causa suficiente para que se tenga por no contraído. Llámanse impedientes aquellos que, conocidos antes de celebrarse el matrimonio, le impiden, pero que, una vez celebrado, aunque después se conozca su existencia, no tienen fuerza suficiente para anularlo. Algunos de los primeros, y todos los segundos, pueden ser dispensados, y como la dispensa viene a destruir su existencia, siempre que se consiga, dejará de existir, naturalmente, el impedimento. La exposición de estas ideas nos marca el rumbo que debemos seguir en su misma explanación: expondremos, por lo tanto, en primer lugar, los impedimentos dirimentes; en segundo, los impedientes, y, en tercero, lo relativo a las dispensaciones. Los canónicos comprenden los primeros en los siguientes versos latinos:

Error, conditio, votum, cognatio, crimen
Cultus disparitas, vis, ordo, ligamen, honestas,
Si sis affinis, si forte evire nequibis,
Si Parochi, et, duplicis desit præsentia testis,
Raptave sit mulier, nec parti redita tutæ.

Por más que se haya generalizado el recapitular en estos versos todo lo que se refiere a los impedimentos dirimentes, creemos que en ellos aparecen las ideas sin el orden debido; y para conseguirlo, nos atrevemos a traducirlos, o más bien parafrasearlos, por medio de otros castellanos, que vendrán a ser tan malos como los latinos, porque

las Musas nunca nos han favorecido, y casi es imposible que se presten a tratar de semejantes materias. Con esta salvedad, por lo tanto, nos atrevemos a decir:

Impiden el matrimonio
Y producen nulidad:
La falta en la voluntad
Que vicie la convención;
El crimen con intención
De gozar sus resultados;
El hallarse separados
Por disparidad de culto;
El celebrarlo en oculto
Contra el Concilio de Trento;
El anterior ligamento,
U otro vínculo excluyente;
El ser la unión impotente
Para la procreación,
Y, por fin, la cognación
Y las demás relaciones
De parentesco, en los Cánones
Fijadas con distinción.

Tenemos, en primer lugar, según los versos castellanos, que produce impedimento dirimente la falta en la voluntad que vicie en la convención, y en este concepto indudablemente se comprenden los que en los versos latinos se expresan con las palabras *error*, *conditio*, *vis raptave si mulier*, según lo demostrará su misma explicación.

El error se opone al consentimiento, porque el que yerra no consiente, o consiente en una cosa distinta o contraria a la que mueve su voluntad; por manera que, al proceder por error, hay siempre falta en la voluntad que vicia la convención. Pero como el error puede referirse, ya a la sustancia del objeto, ya a sus accidentes, es preciso, para determinar cuándo debe reputarse impedimento dirimente, distinguir de errores, y para ello, los Cánones, como se encuentra consignado en la cuestión 1.ª de la causa 29, presentan cuatro diferentes especies de errores, explicándolos en estos términos: error en la persona, cuando aquel

que se cree ser Virgilio es Platón; error en la condición, cuando es esclavo el que se cree que es libre; error en la cualidad, cuando se cree que es bueno el que es malo, y error en la fortuna, cuando se cree que es rico el que es pobre. El error en la persona dirime el matrimonio; prescindimos del error en la condición, porque de él trataremos más adelante. El error en la cualidad y en la fortuna no son impedimento dirimente; pero es preciso considerar estas proposiciones con detenido cuidado, porque por más sencillas que aparezcan, su aplicación ofrece dificultades, hasta el punto de llegar a complicarse extraordinariamente los conceptos.

Claro, hasta por evidencia, que si una mujer consiente casarse con Virgilio, contradice la idea de casarse con otro cualquiera; por consiguiente, que no consiente casarse con Platón; pero aun esto supuesto, y admitido como razón fundamental y suficiente para negar el matrimonio con Platón, inmediatamente ocurre que el nombre mismo es accidental en la persona, y, por consiguiente, que si hay verdadero consentimiento acerca de la persona, aunque haya error en el nombre, se negará que exista en lo sustancial. La ley 10, título 2.º, Partida 4.ª, explica perfectamente este concepto, determinando que si la muger tuviese conocimiento del hombre con quien quisiere casarse por vista, por fama, o por oido, e viniese otro e cuidase que era aquel e casase con ella, el matrimonio seria nulo. Mas si ninguna de estas cosas e consecuencias non no hubiese la muger con el varon, e viniese uno en nombre de otro e casase con esta, por tal yerro como este non se desface el casamiento, porque la muger non yerra en el otro de que non habia conoscencia ninguna, mas yerra en este que ve ante si. E tal yerro como este non es de la persona porque la ve, mas es de otra cosa que es llamada en latin error de calidad o de fortuna. Es decir, que si la mujer, y entiéndase que el concepto es extensivo a los dos contrayentes, consiente en casarse con el hombre que tiene delante por ser él esencialmente, aunque exista error en el nombre, aunque se suponga que se llame de otro modo que de

aquel con que se presenta, por existir la convención respecto de la persona, y tan sólo el error respecto de la cosa accidental, el matrimonio será válido, sin que pueda reconocerse causa que lo dirima; por manera que el error en la persona difícilmente se reconocerá cuando los contratantes se conocen personalmente, y, por lo tanto, sólo podrá tener lugar cuando tratándose del matrimonio entre ausentes, y no conociéndose entre sí, resulte que un tercero ha tomado un falso nombre para engañar al que de buena fe y conocidamente quería casarse con otro. La Historia Sagrada nos suministra un ejemplo de matrimonio con error en la persona, que demuestra que aunque es muy difícil, según dejamos dicho, que se reconozca el impedimento cuando los contrayentes se conocen personalmente, no llega a ser imposible, y que además puede servir para la explicación de otro concepto que hay que comprender en la materia. Es el de Jacob, Raquel y Lía. El consentimiento puede ser precedente y subsiguiente: es precedente cuando existe por parte de los dos contrayentes antes de unirse carnalmente; es subsiguiente cuando, aunque, por error u otra causa, falte al tiempo de la cópula, llegue a existir después de ella. En el matrimonio de Jacob y Lía faltó el precedente, porque Jacob quería casarse con Raquel y no con Lía, y en esta voluntad y en esta inteligencia, con error en la persona, se unió carnalmente a Lía; al tiempo de la cópula, por consiguiente, no eran cónyuges, la falta de voluntad de uno de ellos viciaba la convención, pero después de la cópula y de conocer su error, consintieron en serlo, y por el subsiguiente consentimiento lo fueron. En la ya citada cuestión 1.ª de la causa 29 así se explica, y, para mayor confirmación, se alambica, por decirlo así, el concepto hasta el punto de determinar que ni aun su primera unión fué pecaminosa, porque Jacob procedió en la creencia de que yacía con su verdadera mujer y Lía lo recibió como marido, engañada por la falsa inteligencia de la ley de primogenitura y por la creencia en que estaba de que debía obedecer a su padre; así es que los salvó del pecado el error, la falta de voluntad, y por ella misma

quedaron libres, si bien después se ligaron por el subsiguiente consentimiento. También se encuentra conforme con esto la citada ley de Partida, en la cual, después de explicar el error en la persona, dice: por ende non debe valer el casamiento, e si fuese fecho, puedese desfacer, fueras ende si nuevamente consintiese en el despues que lo conosciese.

Todo esto que dejamos expuesto acerca del error en la persona sirve además para explicar el error en la cualidad y en la fortuna y justificar la proposición de que estas dos especies de errores no son causa suficiente para dirimir el matrimonio. El que se casa con la que cree que es buena siendo mala, con la que cree que es virgen y no lo es, con la que cree que es casta siendo meretriz, no yerra en la persona, sino en sus cualidades: consiente en unirse a la mujer que elige, perfecciona la convención en lo sustancial; perfecta la convención, no puede suponerse falta de voluntad, porque la falta únicamente se refiere a cualidades accidentales que, o pudieron ser conocidas y no lo fueron, o por ser completamente desconocidas, entran en la esfera de lo dudoso, o si pudieron ser conocidas y lo fueron, deben reputarse comprendidas en el mismo consentimiento, deben tenerse por consentidas. Lo mismo puede decirse del error en la fortuna, y aun con mucha mayor razón: la distinción de ser pobre a ser rica en nada afecta, ni remotamente, ni a lo físico ni a lo moral de la persona. La santidad de la unión matrimonial, elevada a sacramento, rechaza hasta la consideración de intereses materiales: esa consideración podrá ser, en las relaciones sociales, motivo, causa suficiente y hasta recomendable para la decisión de los que tratan de casarse, pero nunca impedimento dirimente, ni siquiera impediente, porque jamás puede suponerse que vicie la convención cuando se dirige y toma por objeto cosas tan sagradas y constituídas en esfera tanto más elevada como es el sacramento del matrimonio. Hemos dicho que el error en la condición se explicaría más adelante: con lo expuesto hasta aquí creemos que ya puede comprenderse lo concerniente al error en la

persona, en la cualidad y fortuna. Pasamos, pues, a ocuparnos de otro impedimento, cual es la condición, y, al tratar de él, naturalmente, llegaremos al punto indicado, en el cual debemos ocuparnos del error en la condición.

En diferentes acepciones se usa, tanto en el lenguaje vulgar como en el jurídico, la palabra condición; para explicar la materia de que tratamos, tenemos que considerarla en dos: primera, como significativa de calidad, estado social o civil; segunda, como pacto o cláusula a que se sujeta alguna proposición o convención, conviniendo en que ésta sea o no eficaz, si algún acontecimiento contingente o algún hecho dudoso se decide afirmativa o negativamente. Tomándola en el primer sentido, puede decirse que no hay condición ninguna que dirima el matrimonio, aunque hay muchas que lo impiden, porque, como más adelante veremos, muchas son las personas que se encuentran en situación de no poderse casar, si antes no tienen licencia o permiso de aquellas bajo cuya potestad están, lo que viene a constituirlas en condición impediente; pero en el sentido de absoluta prohibición del matrimonio, en el concepto de verdadero impedimento dirimente, no se reconoce ninguna condición, porque así está declarado en la cuestión 2.ª de la citada causa 29, por la cual, y sentando el principio de que el Apóstol dijo: «El que quiera casarse, que se case en el Señor», sin distinguir que la ingenua se casara con el ingenuo, ni la esclava con el esclavo, admitiendo al sacramento indistintamente al hombre y a la mujer, vino a quedar abolida la prohibición de las nupcias, que el derecho antiguo romano establecía entre los esclavos. Si, pues, el matrimonio es lícito aun entre las personas y las que no lo sean, no puede admitirse condición ninguna civil ni social que dirima el matrimonio.

Pero esto debe entenderse cuando se trata del matrimonio verdaderamente contraído por el mutuo consentimiento en toda su plenitud, es decir, prestado a sabiendas de que el ingenuo se casa con la esclava o la ingenua con el siervo, y aquí nos encontramos con lo que anteriormente hemos indicado, que reservábamos para tratarlo en otro

lugar. El error en la condición dirime el matrimonio. «Servil condicion, dice la ley 11, título 2.°, Partida 4.ª, es la segunda cosa por que se embarga el casamiento, onde, si algun ome que fuese libre, casase con muger sierva, ó muger sierva con ome libre, non sabiendo que lo era, tal casamiento non valdria; fueras ende si el libre consintiese en el otro de palabra ó de fecho, despues que lo sopiese, otorgando el casamiento ó ayuntándose á el casualmente. Mas si tal casamiento como este fuese fecho, sabiendo el libre que el otro era siervo ante que lo ficiese, valdria el matrimonio e non se podria por esta razon desfacer.» Es decir, que el error en la condición de esclavitud se supone sustancial, se parifica con el error en la persona, y con razón jurídica, porque, jurídicamente, el esclavo no es persona: cuando en él, por consiguiente, se incurre, falta la voluntad y se vicia el consentimiento; pero siempre que éste exista, sea precedente, sea subsiguiente, el matrimonio existe y no se puede deshacer. En completa conformidad con esto se encuentran los capítulos 2.° y 4.°, título 9.°, libro 4.°, Decret. Greg.

En el Fuero Juzgo, y aun en el Fuero Real, se prohibía el casamiento de las mujeres libres con siervos, hasta castigarlos con pena de muerte en el primero de los dos códigos, la cual se dulcificó en el segundo, como puede verse en diferentes leyes del título 2.°, libro 3.° del Juzgo, y título 11, libro 4.° del Real; pero aunque se declara que los unidos en tales vínculos deben ser separados, no se dice en manera alguna que queden en libertad para contraer nuevos matrimonios. Es notable también la ley 1.ª del título 1.°, libro 3.° del Fuero Juzgo, en cuanto por ella se establece, diciéndose expresamente que se hace para derogar la ley antigua, la libertad de casarse el godo con la romana, el romano con la goda, y que después de este establecimiento no se encuentre en nuestra legislación referencia alguna a que, por error en las indicadas condiciones, pueda dirimirse el matrimonio, resultando de todo esto que las únicas condiciones civiles o sociales que se han considerado para comprenderlas en el concepto de que el

error en ellas produzca nulidad en el matrimonio son las de esclavitud y origen, que la primera subsiste, pero que la segunda dejó ya de existir por la citada ley del Fuero Juzgo; por manera que al considerar como impedimento dirimente la condición en la primera acepción de la palabra, que es la que estamos examinando, resulta de todo lo expuesto que por sí no es impedimento dirimente, pero que cuando en razón a ella se incurre en error, es causa de nulidad, pero la única, de modo que ni aun el error en ninguna de las demás dirime el matrimonio.

Llegamos, naturalmente, a tener que considerar la condición bajo el segundo concepto o acepción de la palabra. En el contrato de matrimonio, como en cualquiera otro, pueden ponerse pactos, cláusulas que modifiquen los conceptos naturales y accidentales, pero no el sustancial o fundamental, porque todo lo que perjudique la pureza de su esencia producirá nulidad, viniendo a resultar que no exista matrimonio, aun en el caso que se quiera suponer que exista otro contrato. Cuando tratemos de los contratos en general, y de cada una de sus diferentes especies, explanaremos esta doctrina, determinando cuáles son los requisitos que deben tenerse por esenciales, por naturales y por accidentales. En este lugar tan sólo podemos indicar la idea al sentar la que debe considerarse primera proposición, punto de partida en la materia de que nos estamos ocupando. Las condiciones pueden ser lícitas y honestas, torpes y contradictorias. Se tienen por lícitas todas las que en nada se oponen a la moral ni a la justicia, y como ejemplo de ellas dice la ley 3.ª, título 4.º, Partida 4.ª, que lo será la de casarme contigo, si me dieses cien maravedis, o tal castillo, u otra cosa semejante destas. Además de lícitas, serán honestas las que tengan un fin piadoso, y por ejemplo de ellas pone la ley 4.ª del mismo título la de decir un cristiano a una judía o mora: Yo te recibo o prometo de recibir por mi muger si te ficieses cristiana. Torpes son las que implican delito o hecho ilícito, y como ejemplo de ellas pone la ley 6.ª la de: Yo me caso contigo o prometo que casaré si furtares tal cosa o matares tal hombre. Contradictorias son las que se

ponen en contradicción del mismo contrato; y la ley 5.ª, en entera conformidad con el capítulo 7.º, título 5.º, libro 4.º, Decret. Greg., fija como tales la de que el matrimonio sea por tiempo determinado, la de evitar la procreación y la de que la mujer se entregue a otro varón. Pueden también añadirse a éstas las llamadas imposibles, y se encuentran comprendidas en la citada ley 6.ª, si bien es lo cierto que como en la idea de condición va siempre implícitamente comprendida la de contingencia, implica en los términos el decir que hay condiciones imposibles, porque lo imposible no es contingente. El mismo ejemplo de la ley demuestra la verdad de esta proposición, pues dice que será condición imposible la de: Casaré contigo, si me dieres un monte de oro, o si alcanzares con la mano el cielo. ¿Qué contingencia cabe en ninguna de estas dos proposiciones? ¿Podrá suponerse duda de que se realicen? ¿Será racional suponer que el objeto de la convención debe estar en suspenso hasta que se determine afirmativa o negativamente el concepto expresado? En manera alguna; pero como, no obstante, jurídicamente se admite esa calificación, no podemos prescindir de ella, ni tampoco de la distinción por medio de la cual se diferencian las condiciones imposibles, diciendo que unas son por hecho y otras por naturaleza, comprendiendo en las primeras aquellas que, aunque la naturaleza no las rechace, su realización material, la verificación del hecho, no puede conseguirse. De las dos citadas por la ley, la primera puede servir de ejemplo para explicar este concepto: si todo el oro que hay en nuestro planeta llegara a reunirse, resultaría lo que ya podría llamarse un monte de oro; lo imposible, por lo tanto, es la realización del hecho, el reunir todo el oro o la cantidad suficiente para que pueda llamarse monte. Entre las segundas se comprenden aquellas que, sin más que atender a la naturaleza del hombre y sus facultades, su realización, por evidencia inmediata, resulta imposible, y de ejemplo puede servir la segunda de las propuestas por la ley: Si alcanzares con la mano el cielo, porque absolutamente fuera del poderío humano está la realización del concepto.

Las condiciones lícitas y honestas son de todo punto admisibles, y deben cumplirse de modo que se consideren eficaces, tanto para suspender la realización del matrimonio iniciado o convenido cuanto para considerarlas obligatorias, si toman por causa el mismo matrimonio y éste se realiza; así es que, siguiendo el ejemplo propuesto, dice uno: Me casaré contigo si me dieres cien maravedís; según la misma ley, cuando tal condicion como esta ponen, aluengase el casamiento por ella, de manera que no es tenudo acabarle nil pueden apremiar por ende fasta que la condicion sea cumplida. Pero es preciso tener presente que, según la misma ley, y en exacta conformidad con todo su sentido los capítulos 5.° y 6.°, título 5.°, libro 4.°, Decretales Greg., si después de iniciado el matrimonio, y antes del cumplimiento de la condición, los esposos se unen carnalmente, se entiende que por el mero hecho renuncian la condición, y lo mismo si antes del cumplimiento pasan a celebrar el matrimonio formal y ritualmente. Las condiciones lícitas y honestas, cuya eficacia toma causa del matrimonio, según dejamos indicado, son también obligatorias; así, pues, si, por ejemplo, el varón a la mujer, o la mujer al varón, dicen: Te daré tanto si te casas conmigo, realizado el matrimonio, la promesa adquiere su completa fuerza obligatoria, y esto hasta tal punto, que el derecho, en algunas convenciones, aunque la condición no se exprese, la da por supuesta, como más adelante tendremos ocasión de notar.

Las condiciones torpes y las imposibles de hecho y de naturaleza se tienen por no puestas, ni obligan ni vician la convención; por decirlo así, ellas a sí mismas se anulan, y como dice la ley citada, en conformidad con el capítulo 1.°, título 5.°, libro 4.°, Decret. Greg., a tales condiciones como estas de susodichas en esta ley u otras semejantes non valen nada, magüer las pongan, nin se destorvan por ellas las desposajas, nin los casamientos, magüer non se puedan cumplir.

Llegamos a las condiciones que son las que verdaderamente y únicamente producen causa de nulidad, y, por lo

tanto, constituyen impedimento dirimente. Las hemos llamado contradictorias, atreviéndonos a intentar este calificativo, nuevo a lo menos para nosotros, porque en ninguna parte lo hemos visto, y lo usamos porque creemos que expresan bien la idea. Y, efectivamente, si el consentimiento ha de ser perfecto y completo, si para ser completo debe comprender las ideas de la unión perpetua o de por vida, de procurar la procreación y de vivir exclusivamente el uno para el otro, no puede tenerse por perfecto ni completo cuando contradictoriamente se pacta que el matrimonio ha de ser por tiempo limitado, o que los cónyuges han de evitar la procreación, o que el hombre se ha de unir a otras mujeres o la mujer a otros hombres. Cualquiera de estas tres condiciones que se establezca producirá, demostrará falta en la voluntad que vicie la convención, contradirá el consentimiento, y, por consiguiente, hará nulo el matrimonio; y así es como se encuentra determinado en la ya citada ley 5.ª, título 4.°, Partida 4.ª, y capítulo 7.°, título 5.°, libro 4.°, Decret. Greg.

Todo esto se presenta sencillo y claro, pero no deja de producirse considerable confusión tan pronto como vienen a complicarse unos con otros supuestos, resultando dificultad para llegar a determinar lo lícito o torpe de las condiciones, en la segunda acepción de la palabra, en los casos que se refieren a condiciones en la acepción primera. Puede acontecer que el supuesto de una circunstancia sea el fundamento del consentimiento: ya hemos visto que el error en tal concepto anula el matrimonio sólo cuando se refiere a la persona o a la condición de esclavitud, de modo que aunque sobre estos dos extremos nada se haya dicho, nada se haya pactado, en la tácita viene a suponerse la afirmativa, reconociéndose y suponiéndose de derecho que, cuando nada se dice, existe la condición en la persona libre de que la otra no sea esclava; en la que expresa terminantemente con quién quiere contraer matrimonio, que no quiere casarse con la que finge serlo, y que estos son los únicos motivos para admitir el impedimento dirimente por error. Pero otras condiciones, ya de posición, ya de

cualidad, pueden, como dejamos indicado, dar causa a la convención, y expresarse en términos de que sin ellas no pueda suponerse el consentimiento, porque por ellas resulte contradicho. Supongamos, para facilitar la explicación, algún caso, tomándolo por vía de ejemplo: conviene una mujer en casarse con un hombre, con Pedro, conociéndolo personalmente, pero bajo la falsa creencia de que es el primogénito entre sus hermanos y ha de ser sucesor en ciertos y determinados bienes: se pacta esta condición, expresando que ella es la que decide la voluntad, que sin ella la mujer no se casaría con aquel hombre; después de pactado esto con toda precisión, se celebra el matrimonio, y con posterioridad resulta que el supuesto es falso, que Pedro no es el primogénito. Sin embargo, el matrimonio será válido, en razón a que, aunque la condición es lícita y honesta, su existencia tan sólo da derecho a suspender el matrimonio en el estado de iniciado, mientras la condición no se cumple o justifica; pero si antes de su cumplimiento o justificación se ayuntase carnalmente o se casase por palabras de presente, como dice la citada ley 3.ª, y el capítulo 6.º también citado, aquel a quien favorecía la condición se entiende que la renuncia por la convincente razón de que, pudiendo cerciorarse de su existencia, renunció a este conocimiento. Respecto de la cualidad, puede ofrecerse también dificultad si el supuesto ha servido de condición: tomaremos por ejemplo el que se comprende en la última disposición de la ley 10, título 2.º, Partida 4.ª, que dice: Valdria el casamiento si alguno casase con muger que digese que era virgen, magüer no lo fuese. Si, pues, se establece esto mismo por condición, pactando el varón que se casará con aquella mujer, si está virgen, si no lo está, desde luego aparece fallido el supuesto de la convención, y es preciso determinar por los mismos principios expuestos si es válido o no el matrimonio. Para ello se hace necesario distinguir varios conceptos: primero, si la condición se pone como de presente o como de futuro; segundo, a qué clase de prueba se remite la confirmación del hecho. Si la condición se establece como de futuro, el matrimonio será

tan sólo iniciado, porque en la fórmula sacramental no cabe semejante condición; esto supuesto, y también que la decisión sobre la existencia o no de la virginidad se remita a juicio pericial, podrá admitirse la condición como lícita, y, examinado el estado de la mujer, el hombre quedará obligado a lo que obliga el matrimonio iniciado, o quito de la obligación, según por el juicio pericial resulte comprobado o denegado el supuesto. Si la prueba se remite al hecho propio del varón, es decir, al coito carnal, como en el momento de verificarlo no existe verdadero matrimonio, y el coito, por consiguiente, es lícito, la condición por torpe se anula a sí misma, se tiene por no puesta, y como tal, el matrimonio es válido, ya que aparezca el supuesto verdadero o falso. Por último, aunque el matrimonio se celebre diciéndose: Me caso contigo, pero quedaré libre si no te encuentro virgen, y aun suponiendo que tal cosa cupiera en la fórmula sacramental, por la misma razón expuesta, la condición, por torpe, sería nula, de modo que siempre será ineficaz si la prueba se remite al hecho propio del varón, verificado en el coito, y la razón es muy sencilla: la convención celebrada en semejantes términos resultaría tan desigual, como que dejaría a la mujer ligada y al hombre libre a su voluntad; porque la mujer virgen que se sometiera a la prueba no podría justificar, después de realizada, su verdadero estado anterior a ella, y como semejante comprobación no admite concurrencia, por sólo el dicho del varón tendría que decidirse afirmativa o negativamente. Además de esta razón, se encuentran conformes con estos supuestos todas las disposiciones canónicas aplicables a la materia, que excusamos citar, porque se encuentran citadas por Gregorio López en la glosa 6.ª a la dicha ley 10.

La fuerza *(vis)* entra también en la esfera de falta de voluntad que vicia la convención. La voluntad forzada es voluntad, pero limitada voluntad; el consentimiento ha de ser en el matrimonio perfecto y completo, comprendiendo la deliberación por parte del entendimiento y la determinación por parte de la voluntad: si la voluntad forzada es

voluntad limitada, algo ha de faltarle al consentimiento para que sea completo, y ese algo consiste en lo que le falta a la voluntad. La falta consiste en libertad; pero por lo mismo, siempre que la libertad, aunque limitada, exista en la extensión suficiente para poder optar, para poder escoger, habrá de reconocerse voluntad, con ella consentimiento, y con éste obligación y, por consiguiente, matrimonio. La dificultad, por consiguiente, consiste en determinar cuándo existe libertad y en qué grado debe existir para que se reconozca voluntad.

A la libertad pueden oponerse causas físicas y morales que afecten al cuerpo y al alma: las primeras fuerzan, por decirlo así, los sentidos; las segundas, las potencias: las primeras, directamente, se comprenden en la palabra fuerza; las segundas, indirectamente, mediante la idea del miedo; así es que éste se define diciendo que es la perturbación del ánimo por un peligro presente o futuro *(Metus est instantis, vel futuri periculi causa mentis trepidatio)*. De aquí también el que haya llegado a confundirse en el terreno jurídico la fuerza y el miedo, diciendo la ley 15, título 2.º, Partida 4.ª La setena cosa que embarga el casamiento que se non faga es fuerza o miedo; y explicando el concepto, sigue diciendo: La fuerza se debe entender desta manera: cuando alguno aducen contra su voluntad o le prenden o ligan e le facen otorgar el casamiento. En el aducir contra la voluntad ya se comprende la idea de rapto que en los versos latinos se expresa por fórmula separada, como más adelante veremos; lo de prender o ligar, claramente indica fuerza material. Entra después la ley a explicar el miedo, y ya acude a distinguir cuál ha de ser para que se suponga suficiente a limitar la libertar en términos que produzca falta de voluntad. Desde luego aparece lo que no puede menos de resultar: la fuerza, como física, se determina con facilidad; el miedo, como que afecta a lo metafísico, es de muy difícil determinación, y así es que el concepto legal se expresa diciendo: E otrosi, el miedo se entiende quando es fecho en tal manera que todo home, magüer fuese de gran corazon, se temiese del *metus qui caderet in constantem*

virum, fórmula también adoptada por el capítulo 28, título 1.°, libro 4.°, Decret. Greg.

Por más que la citada ley se empeñe en determinar la extensión de este concepto, imposible es llegar a establecer regla fija, y esto mismo se demuestra al notar que en ella se habla tan sólo en concepto de presentar ejemplos, y son los de amenazar con herida o muerte, o sufrimiento de algunas penas, o con la pérdida de la libertad, en sentido de hacer del hombre libre un esclavo. En el capítulo 6.°, título 1.°, libro 4.°, Decret. Greg., terminantemente se dice que no es posible sentar una regla fija para determinar cuándo el miedo coarta la libertad hasta el punto de hacer faltar la voluntad, de modo que por viciarse la convención deba negarse la existencia del matrimonio. Faltando, pues, el criterio de autoridad, la determinación civil o canónica para resolver la duda, no queda más criterio que el de razón, y lo que únicamente puede hacerse es reconocer principios generales, con el objeto de poder aplicarlos según las modificaciones que los casos y circunstancias requieran.

Desde luego se presenta a la consideración la diferencia de sexos. Hemos visto que el miedo, para que sea apreciable, debe ser capaz de intimidar a un hombre de corazón fuerte; pero no puede perderse de vista que en el lenguaje jurídico, particularmente en los que se pueden llamar axiomas, en la palabra hombre se comprende del mismo modo el varón que la mujer, sin embargo de reconocerse siempre la debida diferencia; y, por consiguiente, con aplicación a la materia que nos ocupa, que el temor, el miedo insuficiente para forzar el ánimo de un hombre, puede ser bastante a determinar sin libertad el ánimo de la mujer. Así es que en la fuerza material, cuando se trata de violencia, el derecho la reconoce de parte del hombre sobre la mujer, y nunca al contrario; pero hasta en esto es preciso proceder con mucho detenimiento, como lo aconseja el juicio del gobernador de la Ínsula Barataria. Otra de las reglas generales que conviene nunca perder de vista es la de que, cuando la amenaza es legítima, es decir, parte de

quien tenga derecho a hacerla, y recae sobre cosas que no afectan a lo esencial del contrato, porque no privan ni menoscaban los conceptos personales, ni aun las condiciones sustanciales, no debe considerarse causa suficiente de nulidad. Si, pues, por ejemplo, el padre amenaza al hijo o hija con su desagrado, hasta el punto de privarle de la herencia voluntaria, como que esto está dentro de sus facultades legales, y, por consiguiente, se hace por quien puede hacerlo, y el daño no se refiere ni a la persona ni a la libertad, nunca podrá ser causa de nulidad, porque siempre la amenaza dejará lugar a la opción, y, por lo tanto, libertad suficiente para que haya voluntad y convención. De aquí también el supuesto y la determinación de que sea válido el matrimonio, de que no se admita la excepción de fuerza cuando se celebra a consecuencia de una sentencia judicial por la cual se declare que pueda redimirse la pena casándose, de modo que si, por el contrario, cualquiera que produzca el miedo del cual resulte falta de voluntad que vicie la convención, ya sean los padres, ya sea el juez, ya cualquiera de los contrayentes, ya otra persona alguna, siempre que proceda sin derecho para constituir a la persona en la posición de obligarle al matrimonio, éste será nulo, y así se desprende del capítulo 15, título 1.º, libro 4.º, Decret. Greg.

El impedimento que produce la fuerza y el miedo se destruye por la misma razón, aunque contraria, que se produce: su existencia consiste en la falta de voluntad, deja de existir cuando la voluntad sobreviene, y aparece, o por palabras expresas, o por hechos espontáneos. La citada ley 15, título 2.º, Partida 4.ª, dice: Si después le pluguiese del casamiento, a aquel que oviese recibido la fuerza o el miedo e lo otorgase, y el capítulo 21, título 1.º, libro 4.º, Decret. Greg.: El matrimonio contraido por fuerza convalece por la espontánea cohabitacion. Pero es preciso tener muy en cuenta si los hechos posteriores al matrimonio se verifican bajo la misma presion de la fuerza o miedo, porque en tal caso, por la misma razon se niega la de ser causa suficiente para destruirse el impedimento.

Supongamos, por ejemplo, que una mujer oculta a un reo, y le amenaza con delatarlo si no se casa con ella: para evitar la pena, que tal vez sea de la vida, celebra el matrimonio, y a su consecuencia se une carnalmente con su figurada cónyuge; por más que repita el acto, mientras se encuentre bajo la misma presión, nunca podrá considerarse voluntario, y, por consiguiente, si inmediatamente que le sea posible se abstiene de él y alega la fuerza, justificados todos estos extremos, jurídicamente habrá de reconocerse la no existencia del supuesto matrimonio, y véase también, con este ejemplo, demostrado que, si bien con la debida distinción de circunstancias, lo mismo la coacción puede afectar al hombre que a la mujer.

El *rapto (Raptave sit mulier, nec parti redita tutæ).* Ya hemos visto cómo la ley 15, título 2.º, Partida 4.ª, confunde en una misma disposición y concepto las ideas de rapto, fuerza y miedo, y, efectivamente, el rapto tan sólo es impedimento dirimente en cuanto se considera medio de obligar a la mujer por fuerza o miedo. Por la misma ley, por los mismos textos canónicos citados al hablar del anterior impedimiento, con los que se hallan en entera conformidad el capítulo 14, título 1.º, libro 4.º, Decretales, por el cual se establece que si hay temor de que la mujer sea violentada, debe el juez por sí ponerla en lugar seguro hasta que se resuelva la duda, viene a determinarse que toda la doctrina aplicada a la fuerza y miedo tiene exacta aplicación al rapto, y, por consiguiente, que si la robada, después de salir del estado de violencia, espontáneamente consiente en casarse con el raptor, el matrimonio que entre los dos se celebre será válido y subsistente, sin que en manera alguna pueda dirimirse por el impedimento del rapto. Así se comprende perfectamente en el versículo latino, que no es otra cosa que un verdadero extracto del capítulo 6.º del decreto de reforma sobre el matrimonio, sección 24 del Concilio de Trento.

El rapto debe ser considerado, además del concepto en que lo dejamos explicado, en otro que ha dado lugar a disposiciones civiles y canónicas, muy diferentes, según las

distintas épocas. Este concepto es el de delito, que aun puede dividirse en dos, cuales son el agravio, la injuria que se hace a la robada, y la que también se hace a las personas bajo cuya potestad la robada se encuentra. Desde luego, se comprende que este concepto, o, bajo cualquiera de sus dos especies, el examen del rapto, entra en la esfera del derecho penal, saliéndose, por consiguiente, de la que constituye el objeto de nuestro trabajo; mas como no puede menos de tener cierta íntima conexión, porque, al fin, en el mismo capítulo citado del Concilio de Trento se establecen penas contra los raptores, creemos que no estará demás indicar siquiera la graduación por la cual han ido pasando las determinaciones legales sobre esta materia. Los Romanos, que no fueron muy escrupulosos cuando robaron las Sabinas, llegaron después a establecer contra los raptores el interdicto de agua y fuego, y hasta la pena de muerte, y por la ley un *C. de raptu virginum* la prohibición de que jamás el raptor se casara con la robada. Nuestro Fuero Juzgo, en el título 3.º, libro 3.º, con notable distinción de si hay violencia y, por consiguiente, se infiere injuria a la mujer, o si, por consentir ésta en el hecho, el agravio sólo se refiere a las personas bajo cuya potestad esté constituída, determina las diferentes penas, que excusamos expresar, porque, según dejamos dicho, desde luego se comprende que están fuera de nuestro objeto; por lo que sólo diremos que el rigor de esas penas se fué rebajando, como se nota en el título 2.º, libro 2.º, del Fuero Viejo; en el título 10, libro 4.º, del Fuero Real; en la ley 3.ª, título 20, Partida 7.ª, y, por último, en el capítulo 4.º, título 10, libro 2.º, del Código penal. Todas estas penas y su última determinación se comprenden en el derecho patrio: el canónico ha ido también modificando los conceptos, viniendo, por último, a determinar, en el citado capítulo del Concilio de Trento, que los raptores, aunque se casen, queden excomulgados de derecho y perpetuamente infames e incapaces de toda dignidad, así como los que les aconsejaron, auxiliaron y favorecieron; que si fueren clérigos, sean depuestos del grado que tuviesen, y además obligados a

dotar decentemente, a arbitrio del juez, la mujer robada, ora casen con ella, ora no.

El crimen *(crimen)* es otro de los impedimentos dirimentes que en los versos castellanos hemos comprendido, diciendo: «El crimen con intención de gozar sus resultados.» Pero lo primero que hay que determinar es que no todos los crímenes o atroces delitos dirimen el matrimonio, pues son solamente dos, y aun con especiales circunstancias, los que se comprenden en la idea de este impedimento. Es el uno el adulterio y el otro el conyugicidio, y la especial circunstancia común a los dos consiste en que los adúlteros o conyugicidas, al delinquir, se propongan casarse segunda vez; así es que en los versos castellanos hemos tenido cuidado de indicar este concepto, que, por ser necesario, viene a ser sustancial. En el derecho romano, la prohibición del matrimonio entre los adúlteros era general, sin admitir en el concepto la modificación indicada, y así aparece establecido en la ley 2.ª, Partida 2.ª, y ley 40, *D. ad legem Jul. de adulteriis*, y Novela CXXIV, siguiéndose este mismo principio en el derecho canónico; pero en el capítulo 3.°, título 7.°, libro 4.°, Decret. Greg., vino a explicarse y determinarse que si la adúltera fué cómplice del adúltero en la muerte de la mujer, ora le hubiese prometido contraer el matrimonio, ora no, quedan imposibilitados para casarse, con prohibición que perpetuamente debe ser observada. Desde luego, ya tenemos en esta disposición canónica la determinación de que el adúltero y la adúltera no pueden casarse cuando los dos han cooperado a la muerte de la mujer del adúltero, en cuyo caso no sólo existe el crimen de conyugicidio y el de adulterio, sino que aparece en la concurrencia de los dos crímenes la intención manifiesta de procurar, por medio del conyugicidio, el estado de viudez, con el fin de poder pasar a segundas nupcias. En el capítulo 4.° se establece que el varón que, viviendo su mujer, pero estando separado de ella, se casa con otra, si ésta conoce la existencia del primer matrimonio, el segundo es nulo, en términos de que los contrayentes deben ser separados y el varón puede casarse con otra. En el capítu-

lo 1.º se determina que si alguno, viviendo su mujer, se une con otra que ignore el matrimonio, muerta la primera, el hombre queda ligado a la segunda, y aun el capítulo 2.º extiende el concepto al caso de si, viviendo la primera mujer, pero no habiendo sido conocida carnalmente por el varón, se une con otra que tenga noticia del primer matrimonio, ni aun después de muerta la primera puede casarse con la segunda; en el capítulo 7.º se establece la idea contraria, es decir, que si la segunda mujer ignora el anterior matrimonio, muerta la primera, puede casarse con el adúltero, y en el 8.º se determina que el que, viviendo su primera mujer, contrae matrimonio con otra, pero ni antes ni después del contrato la conoce carnalmente, después de muerta la primera puede casarse con la segunda. Por último, en el capítulo 1.º, título 33, libro 3.º, Decret. Greg., se determina que no puede el hombre casarse con la mujer que fué su complice en la muerte de la suya, y en el capítulo 6.º, título 8.º, libro 4.º, se determina que el adúltero puede, después de viudo, casarse con la adúltera si, viviendo su mujer, ni ofreció a la adúltera casarse con ella, ni unidos procuraron la muerte de la primera.

De todas estas disposiciones canónicas se desprende que cuando cualquiera de las dos personas de cuya unión se trata han procedido sin malicia, sin intención de procurar, al tiempo de perpetrar el hecho ilícito, otra unión posterior, que por la liberación del que se encuentre ligado puede ser lícito, el matrimonio entre ellos no se encuentra prohibido; pero que si, por el contrario, los dos, a sabiendas, delinquen, pecan con la supuesta intención, el matrimonio entre ellos es imposible, y que la intención, como que su probanza material no cabe, se supone, se presume de derecho, cuando se justifica el hecho de que los dos se han confabulado para la muerte del cónyuge inocente, o, a sabiendas de que eran adúlteros, se han unido carnalmente.

La ley 12, título 1.º, libro 3.º, del Fuero Real, y la 19, título 2.º, Partida 4.ª, se encuentran perfectamente conformes con las disposiciones canónicas: la de Partida reconoce que, por grande que sea el pecado de adulterio, no im-

pide el matrimonio entre los adúlteros, una vez disuelto el primero, fueras ende por tres razones: «La primera es si cualquier dellos matase ó ficiese matar, ó fuese en consejo de la muerte del otro marido, ó de la muger, con entencion que casasen despues en uno. La segunda, si aquel que yace con ella le jurase y le prometiese que casaría con ella despues que fuese muerto su marido. La tercera, si alguno yoguiese con muger agena, e se casase con ella seyendo vivo el marido; ca magüer se muriese el marido della, non valdria el casamiento que ante oviese fecho. Eso mismo seria de la muger que ficiese adulterio con ome casado en alguna destas tres maneras sobredichas. E magüer que quisiese vevir en uno, los que se casasen en alguna de las maneras de susodichas, develos la Eglesia departir; fueras ende, si alguno dellos non sopiese que era casado el otro quando se casó con él. Ca estonce en escogencia es de aquel que lo non sabe de fincar con el otro, ó departirse dél, e casar á otra parte.» Hemos copiado íntegramente esta ley, porque en ella se comprende un exacto y perfecto resumen de toda la materia, teniendo únicamente que advertir que la tercera de las razones se refiere más bien a la prohibición de la bigamia que al impedimento crimen. La razón fundamental de éste parece consistir en que el que peca con intención de sacar provecho del pecado, vuelve a pecar siempre que consigue su objeto; por consiguiente, el que adultera con intención de casarse, o el que mata a su cónyuge con la misma intención, cuando realiza el segundo matrimonio, vuelve a adulterar o a matar, y como el matrimonio es sacramento de vivos, es decir, de los que deben contraerse en gracia, no puede suponerse que lo contraen los que conocidamente, e *ipso facto*, están en pecado.

El hallarse separados (los contrayentes) por disparidad de culto *(cultus disparitas)* es otro de los impedimentos dirimentes. En éste, como en otros muchos, el concepto se presenta tan claro como difícil de determinar el supuesto; de aquí ha nacido gran controversia entre teólogos y canonistas, cuyo análisis aparece en la causa 28 de la segun-

da parte, por medio de las tres cuestiones siguientes: primera, si hay matrimonio entre los infieles; segunda, si le es lícito tomar otra mujer viviendo la primera; tercera, si debe tenerse por bígamo el que antes del bautismo tiene una mujer y después del bautismo toma otra. Indudablemente, excede de nuestro propósito el examen detenido de estas tres cuestiones; hemos creído, sin embargo, necesario proponerlas, citando la parte del derecho canónico en que se encuentran, con el objeto de que puedan acudir a ella nuestros lectores cuando se vean en necesidad concreta, por tener que resolver algún caso especial. Esto supuesto, es preciso advertir que, con posterioridad a lo comprendido en la referida causa, ha venido a resolverse definitivamente uno de los supuestos que entonces aparecía con alguna dada, y que, por esta razón, no podía servir de criterio para la determinación de alguno de los conceptos bajo los cuales habían de considerarse las cuestiones.

Se dudó, se disputó por mucho tiempo, si el matrimonio era o no sacramento; aun después de haberse fijado como opinión más común, casi universal, la afirmativa, quedó la duda reducida a si incurría en herejía el que dijere que no era sacramento; y en tal estado, por el Concilio de Trento, canon 1.º de la sección 24, se definió: «Si alguno dijere que el matrimonio no es verdadera y propiamente uno de los siete sacramentos de la ley evangélica, instituído por Cristo Nuestro Señor, sino inventado por los hombres en la Iglesia, y que no confiere gracia, sea excomulgado.» Mientras esto no estaba definido, las cuestiones propuestas en la citada causa tenían que resolverse más bien por el criterio de autoridad que por el criterio de razón, pero, desde la definición del Concilio de Trento, la razón del impedimento aparece clara y terminante: el matrimonio entre los que no están bautizados es imposible. El bautismo es, por decirlo así, la puerta por donde se entra al cristianismo; sólo los cristianos son capaces de los sacramentos de la ley evangélica; sólo, por consiguiente, los cristianos pueden contraer verdadero matrimonio. Pero ni aun de este modo viene a determinarse por completo la

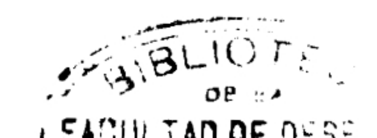
duda, si bien queda concretada a una de las modificaciones del supuesto. Admitido, reconocido el de que tan sólo cabe matrimonio entre los que están bautizados, se presenta la cuestión de si será válido el que se celebre entre un católico y un hereje; la opinión más seguida es la de que semejante matrimonio es ilícito, pero que, una vez celebrado, aunque lleno de peligros, debe sostenerse.

La ley 15, título 2.º, Partida 4.ª, dice así: «Desbaramiento de ley es la sesta cosa que embarga el casamiento. Ca ningun cristiano debe casar con judia, nin con mora, nin con hereja, nin con otra muger que non toviese la ley de los cristianos; e si casase, non valdria el casamiento.» Indudablemente, lo referente a judías y moras se encuentra comprendido en esta ley, en entera conformidad a lo que dejamos expuesto; pero, en cuanto a los herejes, la disposición civil va más allá que la canónica, puesto que declara que, aun celebrado formalmente el matrimonio, sería nulo; sin embargo, todavía pueden ponerse en concordancia las dos disposiciones que parecen contradictorias, acudiendo a otro supuesto, cual es el de la dispensa, y, en consideración a él, distinguiendo que el matrimonio de un cristiano con una judía o con una mora, desde el Concilio de Trento, y conforme a la ley de Partida, que lo había ya declarado, es absolutamente nulo, es, por decirlo así, imposible; pero que el contraído por un católico con una protestante, por ejemplo, puede ser válido si se dispensa la prohibición, es decir, que en el primer caso el impedimento no puede dispensarse, y sí en el segundo. Nos hemos visto precisados a adelantar estas ideas por exigirlo así la exposición de la materia.

Otro de los impedimentos dirimentes del matrimonio es el celebrado en oculto contra el Concilio de Trento *(Si Parochi, &, duplicis desit præsentia testis)*. Ya hemos dicho algo acerca de él en el capítulo primero, al tratar de los matrimonios clandestinos, y también coincide en este punto todo lo referente a la determinación, materia, forma y ministro del sacramento. Admitido el supuesto sustancial de que el consentimiento es la causa suficiente e ificiente del

matrimonio, la manera solemne de expresarlo deberá corresponder siempre a su forma; pero como la forma es inherente a la materia, por más que se distinga la sustancial de la accidental, y como la forma es también necesaria para la existencia del sacramento, viene a resultar ser indispensable una u otra manera de expresar, de manifestar, de hacer perceptible el consentimiento. Hemos dicho en el citado capítulo primero que esta manifestación puede hacerse por palabras o por otros signos equivalentes. Con esto se determina, en términos generales, lo que se refiere a la forma sustancial, lo que puede considerarse el abstracto, pero al tratar del impedimento que nos ocupa, necesariamente se llega a la forma concreta, a la forma accidental, y es preciso examinar si la presencia del párroco y testigos, si el concretar la fórmula a esta solemnidad, aunque haya de reconocerse que es accidental, se encuentra preceptuado de modo que su omisión, que su falta, afecte al sacramento en términos de hacerlo nulo, de deberse negar su existencia.

En el capítulo 1.º del Decreto de reforma sobre el matrimonio, sesión 24 del Concilio de Trento, se dice: «Los que atentaren contraer matrimonio de otro modo que a presencia del párroco o de otro sacerdote, con licencia del párroco o del ordinario y de dos o tres testigos, quedan absolutamente inhábiles, por disposición de este Santo Concilio, para contraerlo, aun de este modo, y decreta que sean írritos y nulos semejantes contratos, como, en efecto, los írrita y anula por el presente decreto.» No puede estar más terminante el texto canónico, no creemos que quepa ni aun cuestión sobre su verdadera inteligencia; hay, sin embargo, algunos que suponen que el Concilio no lo determinó como punto de dogma, y sí sólo como de disciplina, y que por eso lo incluyó en el decreto de reforma y no en la parte doctrinal; pero, de cualquier modo que sea, siempre resultará que el Concilio consideró que los matrimonios clandestinos, efectuados con libre consentimiento de los contrayentes, fueran matrimonios legales y verdaderos, mientras la Iglesia católica nos lo hizo írritos; y siendo lo



cierto que, previa esta consideración, con la que empieza el capítulo citado, declara el Concilio, en el mismo capítulo, que sean írritos y nulos los matrimonios celebrados sin la presencia del párroco o de dos o tres testigos; tomando también en cuenta que el mismo Concilio, explicando dogma, y comprendiéndolo en la doctrina por el canon 4.º, dijo: «Si alguno dijere que la Iglesia no puede establecer impedimentos dirimentes del matrimonio, o que erró en establecerlos, sea excomulgado», viene a resultar que la forma, por más que quiera reputarse accidental, de deber concurrir a la solemnidad del matrimonio dos testigos, a lo menos, y el párroco, u otro sacerdote autorizado al efecto por el párroco o el ordinario, es sustancial el sacramento, de modo que, sin ella, debe negarse su existencia: la Iglesia ha podido hacerlo según el canon 6.º: así lo ha hecho por el capítulo 1.º del Decreto de reforma.

No falta quien deduce de toda esta doctrina que, una vez explicada por el Concilio de Trento, de su determinación resulta la decisión de la cuestión, que dejamos indicada, sobre qué es lo que en el sacramento del matrimonio constituye verdaderamente la materia, la forma y el ministro, decidiéndose por que la materia sea el consentimiento; la forma, el modo de expresarlo, y el ministro, el sacerdote, bien sea el párroco u otro con su autorización o la del ordinario. Consideramos que, para los que esto sostienen, en conformidad con los que antes del Concilio de Trento lo sostenían, puede ser razón de mucho peso lo determinado por el Concilio; pero no nos atrevemos a reconocer esta razón como decisiva. Es cierto que, para la existencia del verdadero matrimonio, se necesita la presencia del sacerdote, pero no es preciso que el sacerdote consienta ni haga cosa alguna moral ni materialmente: tan sólo se exige su presencia como medio de solemnizar el acto y justificar su publicidad, del mismo modo que la de los dos o tres testigos; y si se llegase a reconocer que, por lo determinado en el Concilio de Trento, el sacerdote había sido elevado a la categoría de ministro del sacramento de matrimonio, necesariamente habría de concederse

que los testigos, puesto que tan necesarios son como el sacerdote, habían adquirido la misma dignidad, y creemos que esto es inadmisible, resultando de todo lo expuesto que la duda se está como se estaba, que la Iglesia nada ha dicho todavía que pueda ser determinante en la cuestión.

Es también impedimento dirimente del matrimonio el anterior ligamento u otro vínculo excluyente, fórmula en la cual comprendemos los que en los versos latinos se expresan en las palabras ligamen, *votum*, orden. El ligamen o ligamento se refiere concretamente a la existencia de otro matrimonio; todo, pues, se reduce a reconocer que el que está casado no puede casarse, y esto es tan claro, fundamental y terminante, que no puede serlo más, puesto que se funda en la esencia del matrimonio, se comprende en su definición y se admite como axioma, como principio para explicar la materia y decidir las dudas que puedan ocurrir, hasta el punto de que, con referencia al supuesto, no cabe duda posible, y, por consiguiente, siempre tendrá que referirse, no al concepto, sino al hecho. Siempre que se trate del impedimento de que nos estamos ocupando, la cuestión versará sobre si existe o no el matrimonio que produzca el ligamento; determinado el concepto a favor de la afirmativa, el que se haya contraído con posterioridad será absolutamente nulo, y así se desprende del canon 2.° de la sesión 24 del Concilio de Trento.

Innumerables puede decirse que son las disposiciones canónicas y civiles que se encuentran en los cuerpos de los dos derechos, como deducciones lógicas y precisas del principio reconocido: imposible nos sería hacernos cargo de todas ellas, ni debe ser este tampoco nuestro objeto, porque lo és el examen del impedimento como causa de nulidad, no de otras cuestiones para cuya determinación se toma como principio o supuesto fundamental. Sin embargo, no podemos prescindir de indicar las variaciones principales que se han ocasionado en la materia a consecuencia de lo determinado en el Concilio de Trento sobre la concurrencia del párroco y los testigos para que el matrimonio sea válido, porque respecto del impedimento que

nos ocupa, como de otros varios, según ya lo vamos dejando notado, ha producido considerable diferencia entre lo que se puede llamar derecho antiguo y derecho moderno.

Mientras no estuvo determinada la forma especial, aunque accidental, necesaria para la válida celebración del matrimonio, mientras fué necesario distinguir con toda precisión los esponsales de presente de los de futuro, para que, fijando el verdadero concepto, pudiera determinarse cuándo existía matrimonio y cuándo tan sólo promesa de celebrarlo, era preciso ir distinguiendo casuísticamente, por decirlo así, los efectos de los actos celebrados, pues no de otro modo podía determinarse si existía o no el vínculo que hacía imposible el contraer otro posterior; así es que, examinado todo el libro 4.º de las Decretales, especialmente los dos primeros títulos, en cualquiera de sus capítulos que se para la atención, se encontrará la justificación de lo que dejamos expuesto, y aun fuera de los títulos citados, el capítulo 1.º del título 4.º puede servirnos de ejemplo. Por él se determina que el que contrae sucesivamente con dos por palabras de presente, queda ligado a la primera, pero que si con una contrajo por palabra de futuro y después con otra por palabras de presente, queda obligado a la segunda. Desde el Concilio de Trento no puede ya dudarse acerca de si por la forma existe o no vínculo; por consiguiente, siempre que los contrayentes estén en aptitud de casarse, porque entre ellos no exista impedimento, se reconocerá la existencia del matrimonio cuando haya sido celebrado ante el párroco y dos testigos, y aparecerá en su plenitud el impedimento ligamen, el vínculo que prohiba a cada uno de ellos, viviendo el otro, casarse con un tercero; pero si esa formalidad, si esa solemnidad falta, se negará la existencia del matrimonio, y por lo mismo, no reconociéndose el vínculo anterior, no podrá servir de impedimento para aquel del cual se trate.

Todo esto viene a confirmar lo que ya dejamos dicho de que lo referente a este impedimento se encierra en la idea de la existencia de un matrimonio que impida la celebración de otro; cuando, pues, el supuesto sea innegable,

forzosamente habrá de reconocerse el impedimento, y cuando acerca del supuesto se dude, la controversia deberá sujetarse a un verdadero juicio, durante el cual, si el que pretende estar libre, se casa, debe ser separado, y hasta puede declararse írrito el matrimonio, según el capítulo 4.°, título 4.°, libro 4.°, Decret. Greg.; por manera que toda esta materia se encuentra íntimamente relacionada con la que comprenderemos bajo el epígrafe de «Disolución del matrimonio», debiéndose considerar la una como complemento de la otra.

Al tratar del impedimento crimen hemos indicado que una de las razones que se comprenden en la ley 19, título 2.°, Partida 4.ª, para que el adulterio impida el matrimonio, es la de casarse el adúltero con la adúltera viviendo el primer marido. La determinación de la ley no es otra cosa que una lógica consecuencia del principio reconocido. Va enumerando las razones de nulidad de los matrimonios que se contraen por los adúlteros, y dice la tercera: «Si alguno yogüiese con muger agena, e se casase con ella, seyendo vivo el marido: ca magüer se moriese el marido della, non valdria el casamiento que ante oviese fecho.» Desde luego, se ve que esta determinación se reduce a declarar absolutamente nulo el matrimonio del hombre soltero con la mujer casada, en términos de que no convalezca, aun por la muerte del marido de la adúltera, reconociendo el vínculo como causa de nulidad, y en conformidad al principio de que lo nulo no convalece. La ley 8.ª, título 1.°, libro 3.° del Fuero Real, terminantemente reconoce el impedimento, y explica, no sólo el dirimente, sino el impediente, ordenando que nadie se case con la mujer que esté ligada con otro, magüer que no háya tomado bendiciones ni moraron en uno. Y la 11 del mismo título declara que ni la larga ausencia, unida a la suposición de la muerte del primer marido, produzca libertad para que la mujer se case con otro, con lo que también está conforme el capítulo 19, título 1.°, libro 4.°, Decret. Greg.

Hemos dicho que entre los ligamentos que impiden y dirimen el matrimonio deben comprenderse los que en los

versos latinos se expresan con las palabras *votum ordo*, y tan íntimamente ligados se encuentran entre sí, que es absolutamente imposible separarlos, una vez que, por el capítulo único del título 15, libro 3.°, *Sexti Decri*, se declara que los votos solemnizados al recibir las órdenes sagradas, o al hacer profesión en alguna de las religiones aprobadas por la Sede Apostólica, son los únicos que dirimen el matrimonio contraído con posterioridad, son los únicos que deben reputarse anteriores vínculos excluyentes, pues los demás lo impiden, pero no lo dirimen. En el mismo capítulo se explica que este impedimento no afecta a ninguno de los requisitos sustanciales del sacramento, de modo que su establecimiento se reduce a una institución canónica deducida de que no es honesto al hombre que se ha ligado con Dios, por medio de una promesa solemne de castidad, faltar a ella, y que el hombre que se dedica por completo al servicio de Dios, por medio de las Órdenes sagradas, no debe contraer otro vínculo sacramental que en sí lleve el dedicarse a otro objeto con igual preferencia. En una palabra: que siendo los dos sacramentos iguales, como no pueden menos de considerarse, y siendo el hombre uno, ni puede dividirse, ni puede bastar para los dos, teniendo, como tienen, tan distintos objetos.

De esta generalización de la materia, y por lo que de ella misma se comprende, se deduce, desde luego, que hay que distinguir el voto en solemne y simple, y el orden en las que se reconocen como impedimentos dirimentes y en las que no lo son, lo cual se determina, bajo otro concepto, por medio de la fórmula de mayores y menores; para comprender, hace muy bien al caso una ligera indicación de las jerarquías eclesiásticas, que se explican comprendiéndolas en una división, la de jurisdicción y la de orden: la primera consiste en la mayor o menor extensión de poder para el gobierno de la Iglesia que tiene la persona eclesiástica, y se determina por medio de los siguientes grados: 1.º El pontificado, que extiende su gobierno en jurisdicción a toda la Iglesia; 2.º El patriarcado, que ya la concreta a determinado, aunque muy extenso, territorio, como antigua-

mente se reconocía respecto de los patriarcas de Oriente y de Occidente; 3.° El arzobispado, que comprende en sí varias diócesis u obispados que se le consideran sufragáneos; 4.° El obispado, que comprende todas las parroquias y tiene bajo su jurisdicción a los respectivos párrocos, que por la misma razón se encuentran constituídos en el quinto grado. La jerarquía de orden se determina, no por la mayor o menor extensión de poder en el gobierno, sino en consideración al carácter de la persona, por la importancia de su ministerio, y en esto consiste el que se divida en mayores y menores. En los primeros siglos de la Iglesia sólo se tuvieron por mayores al obispado, al presbiterado y al diaconado, que, por haber sido instituídos por Jesucristo, se llamaron sagrados. Con posterioridad, y en consideración a la proximidad en que se encuentra el subdiaconado y a la inmediata intervención que toma en el servicio del altar, se le concedió también el carácter sagrado, enumerándosele entre las mayores, y reduciendo, por lo tanto, a menores a los acólitos, exortistas, lectores y hostiarios; de modo que las Órdenes sagradas, de menor a mayor, se extienden desde el subdiaconado hasta el obispado, que es el grado supremo, porque los obispos son los sucesores de los Apóstoles, que todos recibieron de Jesucristo la misma potestad, por lo que el Sumo Pontífice, dentro de la jerarquía de orden, no pasa, porque no puede pasar, de ser obispo, y, por ser especialmente sucesor de San Pedro, deberá considerársele como el primero entre los iguales. Las cuatro Órdenes menores se parifican por completo, hasta el punto de que suelen conferirse por un solo acto. De este modo resulta dividida la jerarquía de orden en ocho grados, cuatro mayores y cuatro menores; pero a estas segundas puede añadirse, como se hace en el encabezamiento del título 6.°, Partida 1.ª, la de corona o prima tonsura, con lo que las menores son cinco, y la totalidad, nueve.

Con estas ligeras indicaciones podrá ya comprenderse y determinarse con fijeza la disposición canónica que dejamos citada, y en la cual puede decirse que se encierra toda la materia canónica sobre el voto y el orden sacerdotal; y,

efectivamente, por ella se determina que sólo las Órdenes sagradas o mayores y el voto solemne dirimen el matrimonio contraído con posterioridad, y que el voto solemne es únicamente el que se hace profesando en religión aprobada o recibiendo las Órdenes sagradas. Se ha disputado teológicamente si el impedimento que produce el orden se funda en algún precepto dogmático o tan sólo en el voto que hacen los ordenados. En los primeros tiempos de la Iglesia, aunque se recomendaba, no se exigía el celibato en los clérigos; pero desde que se exige, y el voto de castidad se solemniza por medio de recibir las Órdenes sagradas, la cuestión llega a ser impertinente, de pura erudición, y hasta ocasionada a graves inconvenientes.

Además del texto citado, conviene tener presente otros que determinan el concepto, particularmente respecto del subdiaconado, por la duda que sobre esto podría suscitarse, en consideración a que este orden ha sido elevado a sagrado por mera disposición canónica. En los capítulos 1.° y 2.°, título 6.°, libro 4.°, Decret. Greg., se establece que el diácono y el subdiácono no pueden contraer matrimonio, y que si lo contraen, aunque se hagan regulares, deben separarse de las mujeres. Por la explicación de estos textos se ve que el diácono que se casa, si, arrepentido, deja a su mujer, puede volver a ejercer el diaconado, y aun adquirir el presbiterado; que si el subdiácono se casa, y, arrepentido, deja a su mujer, puede volver a ejercer el subdiaconado, y aun recibir las Órdenes superiores si entra en religión aprobada; pero si no, tan sólo podrá ejercer los oficios de las órdenes menores. Claramente se ve, por esta explicación, que el matrimonio del diácono y subdiácono es absolutamente nulo, puesto que a los que formalmente lo han contraído se les permite el orden sacerdotal.

Respecto del voto, se encuentra confirmado lo que ya dejamos dicho en todo el título 6.°, libro 4.°, Decret. Greg., llamando únicamente la atención el capítulo 5.°, en cuanto por él se distingue un concepto muy especialmente. Por el capítulo 4.°, al determinar cuándo el voto debe tenerse por solemne, se reconoce por tal el que se hace en manos de

un obispo, y en el 5.° se propone el caso de que una mujer, ausente del varón, prometió casarse con él, mas después, por haber tenido noticia de la severidad de su carácter, quiso evitar la unión, y, al efecto, hizo voto de castidad en manos del obispo, sin entrar en convento ni mudar de vestido, lo cual, sabido por el varón, se casó con otra; en tal caso se decide que aunque la mujer deba hacer penitencia por haber faltado a la fe prometida, y por el voto violado, si ha incurrido en fornicación, si quiere casarse con el hombre con quien ha pecado, no se le niega la licencia. A mayor abundamiento, puede verse también el título 6.°, *extra, Jo.*, 22, en el cual se recapitula y explica toda la materia, resultando de todo que el voto solemne comprendido en la profesión religiosa, en religión aprobada e inherente en las cuatro Órdenes mayores o sagradas, constituye un vínculo, el cual existente, impide que con posterioridad se ligue el hombre o la mujer en vínculo matrimonial, todo lo que viene a confirmarse por el canon 9.° de la sesión 24 del Concilio de Trento.

Las leyes de Partida aparecen en entera conformidad con las disposiciones canónicas; en la 11, título 2.°, Partida 4.ª, se dice: «La tercera cosa que embarga el casamiento es el voto solemne que alguno prometiese para entrar en religion, segun dice en el título de los religiosos en la ley que comienza solemne. Ca tal voto como este embarga el casamiento que se non faga, e si fuese fecho, debenlo desfacer. Mas si el voto es simple, segun dice en la ley de que fecimos emiente en esta, como quier que embarga el casamiento que non vala, non lo deben desfacer despues que fuese fecho.» La ley a que ésta se refiere, indudablemente debe ser la 2.ª, título 8.°, Partida 1.ª, porque en todo el título de los religiosos, que es el 7.° de la Partida 1.ª, no se encuentra ninguna ley que empiece con la palabra solemne, ni tampoco en el 8.°, pero en la citada que empieza con la palabra simple se explica exactísimamente el concepto. La 16, título 2.°, Partida 4.ª, establece el impedimento que nace del orden, y por cierto que también se nota en ella alguna inexactitud, porque empieza diciendo que son nue-

ve los grados de orden en la Iglesia, se refiere para esto al título de los clérigos; dice después que son tres mayores: el subdiaconado, el diaconado y el presbiterado; a estos tres concreta el impedimento, y en el título a que se refiere como anteriormente hemos dicho, con mayor exactitud comprende entre las Órdenes mayores el obispado. En los indicados títulos 6.º, 7.º y 8.º de la Partida 1.ª, al tratar de los clérigos, de los religiosos y de los votos, se explica y determina por completo la materia, y difícil será que, por sus determinaciones, no puedan decidirse todas las modificaciones de los conceptos, mucho más acudiendo para su inteligencia a las eruditas glosas de Gregorio López: sería excedernos de nuestro propósito el ir examinando una por una todas las leyes que en los tres títulos se comprenden. De algunas tendremos que hacernos cargo más adelante; pero creemos necesario siquiera indicar las 11, 12 y 13, título 7.º, porque de sus determinaciones resulta el efecto y fuerza del voto hecho con posterioridad al matrimonio. El anterior impide y dirime el vínculo; el posterior priva, al que lo hace, del derecho activo, y también al que lo consiente; pero si uno de los cónyuges ofrece castidad sin consentimiento del otro, éste podrá obligarle a la prestación del débito.

El ser la unión impotente para la procreación *(si forte coire nequibis)* constituye otro de los impedimentos dirimentes del matrimonio, y terminantemente se dice en el capítulo 2.º, título 15, libro 4.º, Decret. Greg., que el impotente para la cópula es impotente para contraer matrimonio, ya el impedimento sea por edad, ya por naturaleza. De esto se desprende la necesidad de distinguir la impotencia que procede de la edad de la que procede por cualquiera otra causa, pero tan sólo en cuanto al orden de explicación, en cuanto al método, porque en cuanto a la esencia, las dos se refunden en una misma razón, cual es la imposibilidad de cumplir con el fin principal del matrimonio, que es la procreación. Examinaremos, por consiguiente, en primer lugar, lo que se refiere a la edad, y en segundo, lo referente a las demás causas que pueden producir la impotencia.

La edad núbil, la pubertad, no puede determinarse por el tiempo de vida, por los años o días corridos desde el nacimiento: se determina por el estado físico del individuo. Lo primero se opondría a la naturaleza; lo mismo el hombre que todos los vivientes, hasta los vegetales, adquiere su incremento con más o menos rapidez, según los climas en que nace y vive: esto resulta de la constante observación; esta es una verdad fisiológica: ni la Moral ni el Derecho pueden contradecirla, porque, si lo intentaran, se pondrían en contradicción con sí mismos. De esto ha resultado que el derecho canónico ha tomado por supuesto, para determinar la edad, lo que por el derecho civil se encontraba admitido como cierto; extendiendo, empero, la idea por medio de un concepto mucho más general, que, por lo mismo, es el verdadero. En el capítulo 3.°, título 2.°, libro 4.°, Decret. Greg., explicando hasta filológicamente la palabra pubertad, se rechaza la idea de que sean púberos los que tengan cumplidos catorce años, por sola esta circunstancia, y se determina que, respecto del matrimonio, sólo deben tenerse por tales todos los que por su estado físico puedan concebir y procrear; se nota, por consiguiente, en todas las disposiciones canónicas, reconocido el supuesto de que tienen aptitud para casarse: el hombre, a los catorce años, y la mujer, a los doce; mas siempre se añade: o antes, si la malicia suple la edad, esto es, si el incremento físico se ha desarrollado lo suficiente antes de esas edades, y también debe añadirse, conforme al citado capítulo 3.°, la excepción contraria de si no consta que, aun habiendo cumplido esas edades, por el retraso de su desarrollo físico, se encuentran imposibilitados para el fin del matrimonio.

Eso de los catorce y doce años lo fijó el derecho romano: en la latitud a que se encuentra Roma, indudablemente puede aceptarse como muy natural la determinación, pero, por lo mismo, conforme se vaya marchando al Ecuador, esas edades aparecerán tal vez demasiado largas para fijarlas como mínimum, y conforme se vaya marchando al Polo, aparecerán muy cortas; no podía incurrir la Iglesia

en este inconveniente al legislar para todo el globo, y sabiamente lo ha evitado, quitando al concepto el materialismo que resulta del número, saliéndose de lo materialmente concreto, y elevándose a lo verderamente racional. Sin embargo, la edad cumplida de catorce años, respecto del hombre, y doce, de la mujer, no podrá menos de tomarse como presunción de pubertad, hasta el punto de ser necesarias pruebas muy convincentes y de muy difícil justificación para destruir la presunción. Siendo también muy de notar que, según se desprende de los capítulos 10 y 15, título 2.°, libro 4.°, Decret. Greg., la malicia no se refiere precisamente a lo moral, a lo intencional, sino a lo material, a la verdadera posibilidad física de realizar el acto; por manera que entre aquellos que los dos, o tan sólo uno, no sean púberos, aunque hayan intentado la cópula, no se supone que existe el matrimonio; por consiguiente, no basta ni la intención sin posibilidad, ni la posibilidad sin intención.

Las leyes de las Partidas se encuentran enteramente conformes a las prescripciones canónicas que dejamos indicadas. La 6.ª, título 1.°, Partida 4.ª, determina la edad de doce a catorce años, sin omitir, empero, la salvedad de que la malicia supla la edad en el concepto expresado, pues terminantemente dice: «E si ante deste tiempo se casasen algunos, non seria casamiento, mas desposajas; fueras ende si fuesen tan cercanos a esta edad que fuesen ya avisados para poderse ayuntar carnalmente. Ca la sabiduria e el poder que han para esto facer cumple la mengua de la edad.» La 6.ª, título 2.° de la misma Partida, dice: «E magüer los mozos e las mozas que non sean de edad digan aquella palabras por que se face el matrimonio, porque non han entendimiento para consentir, non valdria este casamiento que entre a tales es fecho.» De modo que el matrimonio contraído siendo los dos o uno solo impotente por edad, civil y canónicamente es nulo, en términos de que no convalece por el cumplimiento de la edad, a no ser que, después de cumplida, se ratifique y solemnice en debida forma, es decir, a no ser que, después de ser los dos aptos,

verdaderamente se celebre, en cuyo caso no es que convalezca el anterior, sino que exista el contraído por personas hábiles al efecto.

Prescindiendo ya de la edad, tenemos que ocuparnos de las demás causas de impotencia. Ésta puede proceder de defecto físico natural, ya en el hombre, ya en la mujer, porque como se refiere a la unión, es preciso siempre concretarla. Esto no impide el que sea de tal naturaleza que pueda considerarse absoluta, es decir, la del hombre para no poderse unir con ninguna mujer, la de la mujer para no poderse unir con ningún hombre; así es que es preciso admitir la distinción de la impotencia absoluta e impotencia relativa. Puede ser también perpetua y temporal, y también hay que distinguir si existía antes de contraer el matrimonio o ha sobrevenido después, de modo que sea anterior o posterior a la celebración del sacramento. El derecho canónico y el derecho civil suponen la existencia de medios metafísicos de producir la impotencia: rayan en la idea de encantamientos, admitiendo la de endemoniados, y establecen, como se ve consignado en el capítulo 4.°, cuestión 1.ª, causa 33, y en la ley 16, título 2.°, Partida 4.ª, que cuando por tal razón resulte la impotencia anterior al matrimonio, se disuelva hasta el punto de quedar libres para unirse el hombre a otra mujer y la mujer a otro hombre. Con toda franqueza y con el natural temor nos atrevemos a decir que estos conceptos no han tenido más fundamento que el que procede de la dificultad de conocer exactamente las causas físicas de impotencia, notando que a veces aparece por los efectos más que por las causas, y acudiendo en estos casos, en que no podía fijarse lo físico, a lo metafísico, y con razón, hasta cierto punto, aunque con inexactitud en la aplicación, porque indudable es, y conocido por todos, la grande influencia de la imaginación, de lo metafísico, en lo físico para el acto carnal. Los adelantos en las ciencias físicas y metafísicas han hecho ya distinguir estos conceptos, y, por consiguiente, creemos que en la actualidad no pueden ser aplicables las prescripciones legales que procedían del error, y que sólo podrá tenerse

por verdadera impotencia la que resulte de causas físicas o se demuestre por efectos físicos, aunque no pueda determinarse la verdadera causa material que los produzca.

Siempre que ésta aparezca y resulte ser suficiente para impedir la cópula, anulará el matrimonio que, ella existente, se haya contraído, y aquí entra ya la necesidad de considerar las divisiones que hemos indicado para aplicar en concreto el supuesto general. Ha de ser la impotencia para la cópula de modo que si se verifica el acto carnal, por más que sea infructuoso, el matrimonio subsistirá, porque ha de ser también la impotencia irreparable, y aunque por algún tiempo, más o menos largo, la cópula no produzca sus efectos naturales, no puede de esto deducirse que no los puede producir; por manera que el ser la unión estéril, como se verifique la unión carnal, no produce el impedimento de impotencia, y por eso el capítulo 3.º, título 15, libro 4.º, Decret. Greg., terminantemente preceptúa que, para que se admita la existencia del impedimento, es preciso que resulte ser imposible el coito, y la imposibilidad irreparable por ninguno de los medios que conocen las ciencias médicas; y el capítulo 6.º, explicando todavía más el concepto, establece que si la estrechez de la mujer aparece de tal modo que por ningún medio natural, sin peligro corporal, puede adquirir aptitud para el coito, se reconozca la nulidad del matrimonio, pero que si, aun después de reconocida, resulta falso el supuesto, resulta que la mujer ha realizado el coito, aunque sea con otro hombre, se reintegre el vínculo y vuelva a unirse con su marido.

No obstante esta prescripción canónica, imposible es dejar de considerar que la impotencia ha de referirse a la unión, según dejamos dicho, y, por consiguiente, que siempre se encierra en un concepto relativo y concreto del uno al otro cónyuge. Puede suceder, por lo tanto, que, no siendo el hombre impotente en absoluto, resulte serlo para la mujer de que se trate, o que lo mismo haya de reconocerse con referencia a la mujer. De esta consideración procede el rayar en el imposible la fija y determinante regla general y la imprescindible necesidad de acudir, en cada caso par-

ticular, al examen detenido de todas y cada una de las circunstancias que concurran. Es muy expuesto, por lo tanto, admitir como absurdas, como contradictorias, algunas determinaciones de los Tribunales canónicos que se presentan en la Historia, y que han tenido lugar no ha mucho tiempo. Con impío objeto de ridiculizar a la Iglesia católica, sin notar siquiera que, en todo caso, la injuria no se dirigía a la Iglesia, sino a personas muy determinadas que constituyeran el Tribunal, uno de los enciclopedistas franceses narra el hecho de haber conseguido una mujer la declaración de nulidad del matrimonio por impotencia de su marido, al mismo tiempo que otra conseguía sentencia declaratoria de que aquel hombre había tenido en ella un hijo. Tan lejos está esto de inducir contradicción, cuanto que la justificación de las dos sentencias se concibe con la mayor sencillez y facilidad, pues basta sólo comprender que la causa de impotencia se verificara después del coito generatriz del hijo, y antes del matrimonio. Pero aunque así no fuera, no hay tampoco inconveniente, porque no hay contradicción, en suponer la disolución de un matrimonio por impotencia del varón, y que, después de disuelto, la mujer se case con otro hombre y el hombre se case con otra mujer, porque pudo ser la impotencia relativa para la determinada y especial unión de aquel hombre con aquella mujer, sin que ninguno de los dos la padeciera en absoluto, y siendo, por lo tanto, hábiles y potentes para realizar el coito la mujer con otro varón y el varón con otra mujer. Por eso el citado capítulo 6.º, al establecer lo que dejamos dicho, al determinar que la mujer que sea separada de su marido por impotencia, si cohabita después con otro, debe volver a sujetarse al primer vínculo, expresa la condición de haber sido engañada la Iglesia, de haber existido fraude para conseguir la declaración de impotencia, y, en tal concepto, la nulidad del vínculo.

La impotencia, para que vicie el matrimonio, para que lo impida y dirima, ha de existir con anterioridad a la celebración del sacramento, pero también por los mismos capítulos citados puede determinarse este mismo concep-

to de anterioridad. Es claro que si la impotencia se conoce antes de celebrar el matrimonio, lo impide, y, por consiguiente, ya no como dirimente, sino como impediente, produce sus efectos el impedimento. Esto no ofrece ninguna dificultad; por manera, que lo que hay que examinar es cuándo la impotencia produce el verdadero impedimento dirimente, y para ello es preciso añadir a la distinción entre matrimonio rato y consumado, sentando definitivamente la regla de que se dirime en el primer estado, mas no en el segundo; de que, una vez consumado el matrimonio, como es imposible admitir que la impotencia fuera anterior, es forzoso reconocer que sea posterior, y, en último término, que no pueda ser causa suficiente de disolución. Y también es preciso tomar en cuenta que, aunque la impotencia sea anterior, si ha sido conocida de modo que, a sabiendas de su existencia, se ha contraído el matrimonio, aunque éste verdaderamente no exista, los contrayentes no deben separarse, sino vivir juntos, como hermanos, ya que pueden vivir como cónyuges: así lo determina el capítulo 4.°; añadiendo el 5.° que, aunque la impotencia no sea conocida al tiempo del matrimonio, pueden, a su voluntad, los contrayentes vivir en castidad, y como hermanos, sin separarse.

Como, desde luego, se comprende, la dificultad principal en esta materia consiste siempre en la prueba del hecho determinante, por lo que es preciso acudir a justificaciones de especial índole. La primera, por aparecer en el citado capítulo 1.°, título 15, es la confesión de la parte, y en su disposición se observa la propensión a favorecer siempre el vínculo. Si el marido, confesándose impotente, pide la nulidad, y la mujer se presenta conforme en la razón y su consecuencia, es además preciso un juicio pericial justificativo del supuesto, y, reunidos todos estos requisitos, se dirimirá el matrimonio, pero todavía bajo la condición de que, si el varón cohabita con alguna mujer, se reintegre el vínculo, haciéndole además sufrir la penitencia del perjurio. Si la demandante es la mujer, y el varón consiente o confirma el supuesto, la resolución deberá

sujetarse a la misma regla; pero si lo contradice, ya es preciso distinguir el tiempo que ha transcurrido sin hacer la mujer su reclamación. Se admite vulgarmente el supuesto de que sólo se conceden a la mujer dos meses para reclamar acerca de la impotencia del varón, y que, transcurrido ese tiempo, ya no debe ser oída. No es exacta semejante suposición: el precepto canónico aparece y está mucho más conforme con la razón; habla de tiempos determinados, no para referir a ellos la determinación del concepto, sino a manera de ejemplos explicativos de lo mismo que establece. Así es que empieza hablando de un año y de medio año, parificando las dos idas, y diciendo que si la demanda se presenta después de un año o de medio y el varón niega el supuesto, él es el que debe ser creído, porque la mujer no debió tardar tanto en alegar su estado, puesto que en mucho menos tiempo pudo conocerlo. Desde luego, se ve la indeterminación del tiempo. ¿Son seis o doce meses? Si basta medio año, ¿para qué se nombra el año entero? Si la demanda se presenta después de los seis meses, pero antes de cumplir los doce, ¿deberá admitirse o rechazarse? El concepto queda enteramente determinado. Pero hay más: sigue la disposición canónica considerando en qué término deberá ser presentada la demanda, y habla de uno o dos meses, y de esto viene a resultar: en primer lugar, una indeterminación, porque no se fija ninguno de los dos tiempos, y en segundo, otro mayor motivo de duda, porque, aun suponiendo que en el primer concepto se tome el mínimum de tiempo, es decir, el medio año, como en el segundo el máximum es de dos meses, no hay medio de fijar si, pasados los dos meses y antes de los seis, debe ser admitida o rechazada la demanda. La verdad, que resalta y se determina en todos estos supuestos, es la alta filosofía, la exquisita prudencia de la Iglesia, que, huyendo de sujetar conceptos tan metafísicos a términos materiales, deja la debida libertad, sin extenderla tampoco a lo que podría ya ser inconveniente; y, en último resultado, lo que aparece es que en el último año posterior al matrimonio puede presentarse la demanda, que deberá ser admitida, si

se presenta antes de cumplirse los dos meses, y que deberá ser admitida o rechazada, aunque se presente después, según sean las circunstancias especiales de cada caso particular. Si otra cosa se admitiera, el precepto canónico pecaría en inicuo, porque perjudicaría más a la mujer inocente que a la maliciosa, en atención a que es más fácil que el hombre oculte su estado de impotencia a una mujer pura e inocente que a la que tiene suficiente malicia y conocimiento de lo que es el matrimonio, y, desde luego, se comprende que los dos meses pueda pasarlos la primera con facilidad en la ignorancia, siendo al mismo tiempo muy difícil que tal cosa suceda a la segunda. Extendiéndose el término por un año, ya es difícil admitir la razón de esta diferencia, cuya apreciación sólo puede ser encomendada al recto criterio y justificación del que ha de juzgar. Nos hemos detenido tal vez algo más de lo que parezca necesario en este punto, no sólo por ser sumamente interesante y algún tanto comunes los casos que sobre él se presentan, sino porque, como al empezar a tratarlo hemos dicho, existe acerca de ella un error muy extendido.

La misma dificultad, que no puede menos de reconocerse, acerca de la justificación de los hechos, produce la necesidad de sujetar la determinación del supuesto a experimentos, porque tan sólo en ellos puede encontrarse criterio suficiente para decidir. Cuando, pues, la duda se refiere, no ya a lo que puede ser conocido por una inspección científica, pericial, directa, sino porque está fuera de la apreciación material de los sentidos, los cónyuges deben sujetarse a permanecer unidos por un tiempo suficiente, en el cual, procurando, en cuanto puedan, realizar la cópula, venga a determinarse por medio de esta experiencia el supuesto en concepto afirmativo o negativo. Determinado en el segundo concepto y pasado el tiempo del experimento, si insisten en la separación, deben jurar la certeza de todos los supuestos, es decir, el no haber podido realizar la unión carnal, a pesar de haberla procurado en cuanto haya estado a sus alcances, y si, además de su juramento, el supuesto se encuentra comprobado por el juramento

de siete parientes, amigos o vecinos de los mismos interesados, que declaren que les han oído siempre manifestar su defecto para la unión, deberá ésta declararse nula, reconociéndose por esta razón la impotencia. Así se encuentra determinado por el capítulo 5.°, título 15, libro 4.°, Decretales Gregorianas, en el cual perfectamente se distinguen los dos conceptos expresados, declarándose que si la impotencia consta, es decir, si aparece, de un modo que no ofrezca duda, que produzca el íntimo convencimiento, inmediatamente el matrimonio se disuelva, pero que si, por el contrario, el supuesto se presenta dudoso, se observe, para decidirlo, el experimento que dejamos expresado, y que debe durar por espacio de tres años. El capítulo 7.° del mismo título extiende todavía más la determinación, porque en el 5.°, sin marcar tiempo, se parte del supuesto de que la impotencia sea prontamente alegada, y en el 7.° se admite que, aun después de ocho años, si la mujer alega estar virgen por causa de ser su marido impotente, sea atendida, y, sujetándosela a un reconocimiento pericial, si resulta la verdad del supuesto, verificado del mismo modo el experimento por los tres años, se declare la nulidad por impotencia. De modo que la diferencia entre las dos disposiciones canónicas consiste en que, según el capítulo 5.°, los dos cónyuges han de estar conformes con la impotencia de la unión, en cuyo caso basta, para declarar la disolución, el experimento por los tres años, con el juramento y su confirmación, según lo dejamos expresado; y, según el capítulo 7.°, aunque el marido diga que es potente, por haber tenido coito perfecto con otras mujeres, si la casada con él permanece virgen, y justifica su estado después de largo tiempo y de sujetarse al experimento por los tres años, el matrimonio debe tenerse por nulo. Con lo que vienen a ratificarse los conceptos ya indicados: primero, de que basta, para la nulidad, que la impotencia sea relativa a la unión, si bien en esta relación absoluta, y que, esto admitido, el tiempo para alegarla no está de modo alguno determinado, pues por largo que sea el transcurrido, y aun cuanto más largo sea, con más razón, si la mujer puede justificar su

estado de virginidad, jurando que los dos han procurado infructuosamente realizar el coito, y sujetándose al experimento determinado, añadiendo a todo esto las declaraciones de los siete propincuos, el matrimonio deberá tenerse por nulo. De lo que, aunque en sentido contrario, se deduce que, faltando la prueba tan convincente como es la que resulta del estado de virginidad, si la mujer se encuentra, por consiguiente, desforada, y ha dejado pasar el tiempo suficiente para que prudencialmente pueda suponerse la consumación del matrimonio, la resolución debe ser en sentido contrario, porque es imposible desconocer la diferencia de la fuerza que tiene la prueba resultante de hechos físicos que producen la evidencia directa e inmediata de la que sólo resulta por otros medios que, aunque indiquen el defecto clástico, se oculten a la material y directa inspección de los sentidos.

El título 8.° de la Partida 4.ª comprende en sus siete leyes la determinación y explicación de toda esta materia. Sus prescripciones se encuentran enteramente conformes con las canónicas; creemos, por consiguiente, excusado el proceder a su analítico examen, mucho más considerando que, siendo la materia puramente canónica, si alguna diferencia se encontrara sobre uno u otro derecho, siempre debe preferirse lo establecido por el canónico. En nada de lo sustancial se encuentra, pues en lo único que aparece es en la determinación de los términos concedidos a la mujer para alegar la impotencia del marido, sobre cuyo punto puede verse la ley 6.ª, y en la confirmación del juramento que se exige a los cónyuges sobre el no haber podido realizar el coito, puesto que, según los textos canónicos que dejamos citados, debe dicho juramento estar confirmado por el de siete personas propincuas (*cum septima manu propinquorum*), y en la ley 5.ª se exige que sean catorce, siete por parte del varon y otros siete por parte de la mujer. Como, indudablemente, la ley es una traducción del capítulo de las Decret., y como en éstas el concepto está expresado por un verdadero modismo, nada puede decirse que convenza acerca de su verdadera interpretación: los auto-

res canónicos copian la fórmula del capítulo; los civiles trasladan la determinación de la ley.

Llegamos, y a propósito hemos dejado para el último, a tener que tratar de los impedimentos que resultan por parentesco, los cuales, en los versos castellanos, hemos comprendido, diciendo: «Y, por fin, la cognación.—Y las demás relaciones—de parentesco en los Cánones—fijadas con distinción»; en los latinos se expresan con las palabras: *Cognatio honestas suis afines,* teniendo que advertir que en la cognación se comprende el parentesco espiritual que se produce por los sacramentos del bautismo y confirmación y el civil que nace de la adopción, y también la agnación, por más que, en derecho civil, para otras materias haya que distinguirla de la verdadera cognación. Por manera que tendremos que empezar por exponer las ideas generales acerca del parentesco, para ir después examinando lo relativo a los impedimentos en cada una de sus especies.

Con la palabra parentesco se indica la relación que existe entre dos personas por naturaleza o derecho, y para determinarla se acude a las líneas y grados. Todos los que procedan de una misma persona están unidos con ella en parentesco y también entre sí, y esta relación se llama consanguinidad, porque en todos se supone la existencia de la misma sangre. Cuando la consanguinidad se refiere o considera por varones, se llama cognación, y cuando por hembras, agnación, pero las dos se refunden en la misma idea de sangre, de consanguinidad. Respecto de Adán, todos somos consanguíneos, todos procedemos de él, todos llevamos su sangre; pero, con abstracción de esta idea general, tenemos ya, con relación los unos a los otros, más próxima o más lejana la causa o vínculo que nos une, y esta mayor o menos aproximación se determina por medio de lo que se llaman líneas y grados. Llámase línea la serie de generaciones que se van sucediendo, y en la línea se van encontrando las personas que constituyen las mismas generaciones, de modo que se tiene por punto la persona que se considera en primer lugar, y llámase grado la

distancia que en la línea van formando cada una de las personas respecto de las demás. La línea se divide en recta y transversal o curva: llámase recta la que forman las personas descendiendo de un mismo punto y procreándose las unas a las otras, de modo que cada una de las hoy existentes están en la línea recta con Adán; llámase transversal o curva la que se forma de dos rectas que se unen en un común progenitor: por manera que también estamos cada uno, con referencia a Adán, en línea transversal con todos los demás, o lo que es lo mismo, o como ya lo dejamos expresado, todos somos consanguíneos de Adán. La línea recta se llama descendente cuando se toma desde el progenitor a los sucesivamente engendrados, y ascendente cuando, por el contrario, se toma partiendo desde cualquiera persona y se va formando en consideración a su progenitor y de éste al suyo, hasta encontrar la persona de la cual los demás proceden.

Todo esto, que, por más que se quiera explicar, lleva siempre en sí una grande oscuridad, se comprende sencillísimamente acudiendo a los medios gráficos, pintándolo, de lo que también resulta la ventaja de presentar lo que se llama árbol genealógico, manifestando cómo se forma y las ventajas que produce este medio de comprender y aplicar multitud de teorías jurídicas, que sin él llegarían a ser inexplicables e inaplicables; a este fin, hemos formado el que aparece en la lámina siguiente. Figura 1.ª: Desde el número 1 al 4 se marca en ella la línea recta, que sigue siéndolo hasta el 11, considerando sólo desde el 4 los números impares, y también hasta el 12, considerando desde el 4 tan sólo los números pares, de modo que el número 1 está en línea recta con el 11 y con el 12 y con todos los que forman el árbol, y lo mismo sucede con los números 2, 3 y 4; tomada del 1 al 11 ó del 1 al 12, se llama línea descendente, y tomada desde el 11 ó el 12, hacia el 1 ó hasta el 1, se llama ascendente. Considerado el 4, de él descienden dos rectas, una de números impares y otra de números pares: todos son sus descendientes, porque de todos es común progenitor, pero ninguno de los números impares procede

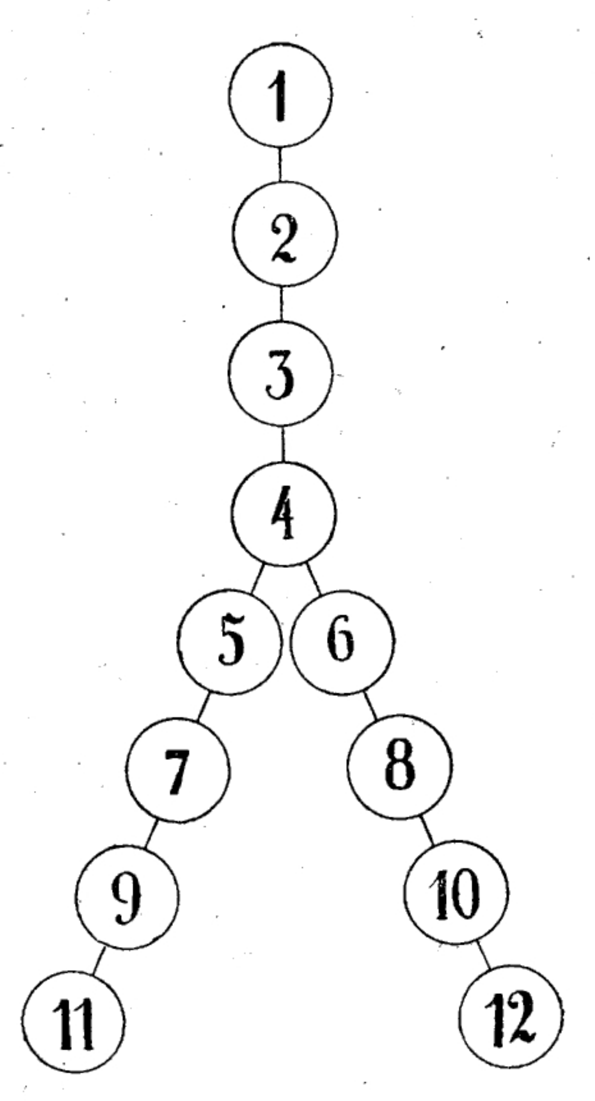


Figura 1.ª

de los números pares, descendientes del 4, y, por el contrario, tampoco ninguno de los números pares procede de ninguno de los números impares, descendientes del 4. La línea recta del 5 al 11, con la línea recta del 6 al 12, forman, por consiguiente, la línea transversal o curva, uniéndose en el número 4.

Grado es, como ya hemos indicado, la distancia de una persona a otra, y empieza a contarse por la más próxima, y se van enumerando otros tantos como sean necesarios pasar, hasta llegar a la otra persona cuya relación se trata de determinar: tantos, por consiguiente, serán los grados cuantos sean los intervalos que se comprendan entre las personas consideradas o las personas que hayan de tomarse en cuenta, menos una. Confirmación por el árbol: del 1 al 2 hay un grado; del 1 al 4, tres; del 1 al 11, siete, porque del 1 al 2 hay un intervalo; del 1 al 4, tres, y del 1 al 11, siete; o porque, para determinar la distancia del 1 al 2, consideramos dos personas: dos menos uno, es uno; del 1 al 4 consideramos cuatro personas: cuatro menos uno, tres; del 1 al 11 consideramos ocho personas: ocho menos una, siete. Este es el modo de computar los grados en la línea recta, y asimismo se computan en la transversal, contando los intervalos o personas, menos una, que se encuentren comprendidas en las dos rectas que la forman. Comprobación: del 11 al 12, ocho grados, porque ocho son los intervalos que existen entre las dos personas consideradas, o, lo que es lo mismo, nueve las personas que se comprenden en la cuenta, y, por la misma razón, serán siete los grados del 9 al 12, seis los del 7 al 12, cinco los del 5 al 12, cuatro los del 5 al 10 ó los del 6 al 9, y así con referencia a cualesquiera de las casillas que se quieran considerar.

Con esto se comprende de un modo tan claro como sencillo la computación de los grados, tanto en la línea recta como en la transversal, conforme al derecho civil; así es que a este método se llama computación civil. Pero en el derecho canónico se procede del mismo modo en la línea recta, pero con una muy notable diferencia en la línea

transversal. Para la computación civil se toman en cuenta todos los intervalos que se comprenden en las dos líneas rectas que forman la transversal; para la computación canónica, sólo los de un lado, sólo los de una de las líneas rectas, y si son diferentee en extensión, los de la más larga. Aplicación: Hemos dicho que, civilmente, el 11 está en octavo grado con el 12, porque ocho son los intervalos o nueve las personas que hay que tomar en cuenta; canónicamente están en cuarto grado, porque sólo se cuentan los intervalos comprendidos en una de las dos líneas. y cuatro son los que resultan entre el 4 y el 12 y el 4 ó el 11. Pero también hemos dicho que cuando las dos líneas son diferentes en extensión, aunque sólo se cuenta una, debe hacerse el cómputo por la más larga; por consiguiente, el 9 con el 12 estarán también en cuarto grado, y lo mismo el 7 y el 5 con el 12.

La razón de este modo de computar canónicamente consiste en que el derecho canónico aprecia los grados por las generaciones, viniendo a parificar las dos ideas, pues sólo las distingue en cuanto al modo de expresar, diciendo que de cada generación resulta un grado. Por esta razón, ni existe ni puede existir diferencia en la computación canónica y civil por lo que respecta a la línea recta, porque en ella, lo mismo es decir de dos personas que están a tantos grados como que entre ellos han mediado tantas generaciones; y, por lo mismo, como en la generación es indispensable comprender el primogenitor y el engendrado, y como cada engendrado es progenitor del suyo, resulta que son tantos los grados o generaciones como las personas que forman la línea, menos una, porque la primera que se considera, si se toma como progenitor, descendiendo, no se toma como engendrado, y si se toma como engendrado, ascendiendo, no se toma como progenitor. En la línea transversal también se parifica la idea de grado con la generación, pero como van realizándose varias generaciones al mismo tiempo y como cada una de ellas origina un distinto punto, desde el cual puede empezar a formarse otra línea, se dice, para determinar el con-

cepto, que todos los que están en cada una de las líneas rectas a igual distancia del centro común están en igual grado, o, lo que es lo mismo, que, al considerar la causa de su parentesco, necesariamente se incurre en la necesidad de contar cuantas generaciones se han sucedido desde la persona en que se verifica la causa del vínculo, desde el trance común, a la persona que esté más lejos de él, pues si se considerara la más cercana, dejaría de comprenderse en la cuenta las generaciones que mediaran entre la más próxima y la más remota. Por manera que, al expresar según la computación canónica los grados que median entre dos personas, lo que verdaderamente se significa es el número de generaciones que han mediado entre la persona considerada y aquella en que se realiza la causa del parentesco, vínculo o unión.

Resulta, por lo tanto, más fundamental, más filosófica, la computación canónica que la civil; sin embargo, podía tachársele de confusa, porque con una misma fórmula se expresan en ella relaciones muy diferentes. Hemos dicho que el núm. 12 está en cuarto grado canónico con todos los impares descendientes del 4, y, desde luego, aparece que es muy distinta su relación de parentesco con el 5 que con el 11. Para salvar este inconveniente se ha perfeccionado el sistema, acudiendo a contar los grados o generaciones de ambas líneas sin mezclarlos, con lo cual se consigue por completo la exacta distinción, al mismo tiempo que la determinación del número de generaciones que han transcurrido desde cada una de las personas consideradas a su centro común, presentando primero el mayor, y, por lo tanto, como segundo, el menor. Aplicación: El número 12 está en cuarto grado con todos los impares descendientes del 4, pero para fijar sus respectivas relaciones se dirá que con el 5 está en cuarto con primero, con el 7 en cuarto con segundo, con el 9 en cuarto con tercero, y con el 11 en cuarto con cuarto. De este modo puede decirse que se llega a la completa perfección, pues con una exquisita sencillez se expresa hasta las últimas modificaciones de todos los conceptos que sea preciso considerar para determinar la rela-

ción de consanguinidad en que dos personas se encuentran.

Por medio de este sistema, y con el pequeño trabajo de formar un árbol genealógico, científicamente se consigue el fin apetecido; pero el lenguaje vulgar que algunas veces llega a usarse en los textos legales admite otras fórmulas que, por lo tanto, es preciso explicar, reduciéndolas, por decirlo así, a lo técnico. Éstas son, en la línea recta, prescindiendo de la de padre e hijo y aun de la de abuelo y nieto, que, por tan conocidas, no hay necesidad ninguna de explicar, la de bisabuelo y bisnieto, la de tatarabuelo y la de tataranieto. Bisabuelo, tanto quiere decir como dos veces abuelo, o, lo que es lo mismo, abuelo del padre del que se trata, y bisnieto es la palabra que expresa la idea correlativa de bisabuelo. Tatarabuelo significa tres veces abuelo, o, lo que es lo mismo, abuelo del abuelo de que se trata, y tataranieto expresa la idea correlativa del tatarabuelo. Después de estas palabras, ya vienen a expresarse las ideas por frases, que son: cuarto abuelo, cuarto nieto, quinto abuelo, quinto nieto, y así sucesivamente. Apliquemos éstos al árbol presentado: el número 11, hijo de su padre el 9, nieto de su abuelo el 7, será bisnieto de su bisabuelo el 5, tataranieto de su tatarabuelo el 4, cuarto nieto de su cuarto abuelo el 3, y así sucesivamente hasta el 1 ó más que hubiera, y los grados de consanguinidad en línea recta serán: uno del hijo al padre, dos del nieto al abuelo, tres del bisnieto al bisabuelo, cuatro del tataranieto al tatarabuelo, y así sucesivamente: y del mismo modo tomado en razón inversa. Esto es sumamente sencillo en la línea recta, e igual en el cómputo civil que en el canónico. Pero por lo que hace a la línea curva o transversal, como que vulgarmente, para designar los parentescos, se usan además, de la palabra hermanos, las de primos, tíos y sobrinos, añadiéndoles comúnmente un numeral, es preciso entrar en una explicación.

Son hermanos los que descienden de unos mismos padres, y se llaman hermanos enteros; y también los que descienden de un mismo padre, aunque de distinta madre, o de una misma madre, aunque de distinto padre,

y se llaman medios hermanos: todos están en segundo grado civil y en primero canónico, como lo demuestran los números 4, 5 y 6, siendo el 4 los padres, o el padre o la madre, y los hijos el 5 y 6. Llámanse primos los que en la línea curva o transversal se encuentran a la misma distancia del centro o tronco común, como le sucede al 7 y al 8, al 9 y al 10 y al 11 y al 12. Para distinguir por este medio vulgar los grados de parentesco de las personas que se consideran, se añade, como hemos dicho, un numeral, que en el primer caso, o sea cuando se debía usar el numeral primero, se sustituye con las palabras hermano, hermano carnal o cohermano: así es que se dirá que son primos-hermanos carnales o cohermanos los números 7 y 8, resultando en cuarto grado civil o segundo canónico; primos segundos los números 9 y 10 en sexto grando civil o tercero canónico, y primos terceros los números 11 y 12 en octavo grado civil o cuarto canónico, y así sucesivamente. Las palabras tío y sobrino son correlativas e indican que las dos personas consideradas están en línea transversal, si bien el tío siempre más cerca del centro común que el sobrino. Pero de la misma manera que respecto de los primos hay que añadir un numeral para distinguir las diferentes distancias a que las personas consideradas se encuentran del centro común, se añade respecto de los tíos, advirtiendo que el numeral se toma de la línea más larga, siguiendo siempre el sistema canónico; y así se dice que el número 6 es tío-hermano carnal o cohermano del 7, y éste sobrino del 6 con la misma clasificación; el 6, tío segundo del 9, y el 9, sobrino segundo del 6, y este mismo 6, tío tercero del 11, y éste su sobrino tercero. El 8 será tío segundo del 9 y tercero del 11, de lo que resulta la confusión inevitable de que el 6 y el 8 se signifiquen respecto, del 11, con la misma frase, siendo, como son, indudablemente, distintas las ideas que se quieren expresar. Este es el inconveniente que lleva en sí el modo vulgar de expresar el parentesco; por lo que debe desecharse en la ciencia, por más admitido que se encuentre en el lenguaje común.

Conocida la idea de consanguinidad, fácilmente se com-

prende el parentesco de afinidad, que no es otra cosa que la relación en que se constituye uno de los dos cónyuges con los consanguíneos del otro: el marido con los de la mujer, la mujer con los del marido. Aplicación: El árbol genealógico (figura núm. 2) explicará con toda claridad este concepto en cualquiera de sus explicaciones: A, B, representan los cónyuges; los dos círculos se tocan; del uno al otro no hay distancia, ni, por consiguiente, grado: son uno mismo. Los grados de afinidad de A con cualquiera de los números romanos que se considere serán los mismos que los grados de consanguinidad de B con el mismo que se haya considerado, y los grados de afinidad de B con cualquiera de los números arábigos serán los mismos que los que éstos tengan por consanguinidad con A. A estará en cuarto grado de afinidad, en línea recta, con el I, porque B estará con él en cuarto grado de consanguinidad en la línea recta. A está con VII en cuarto grado de afinidad, según el cómputo civil, y en segundo con segundo canónico, porque en estos mismos grados de consanguinidad con los mismos números está su cónyuge B. Lo mismo resultará considerando a B en lugar de A: B estará en tercer grado de afinidad, en línea recta, con 2, porque su cónyuge A está en ese grado de consanguinidad con el mismo 2. B estará con 4 en tercer grado civil y en segundo con primero canónico, porque su cónyuge A está en ese mismo grado de consanguinidad con el número 4; de lo que se desprende que siempre será la afinidad de A con los números romanos y de B con los números arábigos, más nunca de los números arábigos a los números romanos entre sí. Para complemento de esta explicación, hemos puesto en el árbol la casilla C, que aparece ser hijo y descendiente de A y B, resultando que ya no es afín ni de los números arábigos ni de los números romanos, sino consanguíneo de todos: de los primeros, por A; de los segundos, por B; y suponiendo que A sea el padre y B la madre, los números arábigos serán sus cognados, y los romanos, sus agnados. Falta únicamente decir que entre el marido y la mujer no puede decirse, en verdad, que existe afinidad: son, por decirlo así, lo que es el punto para

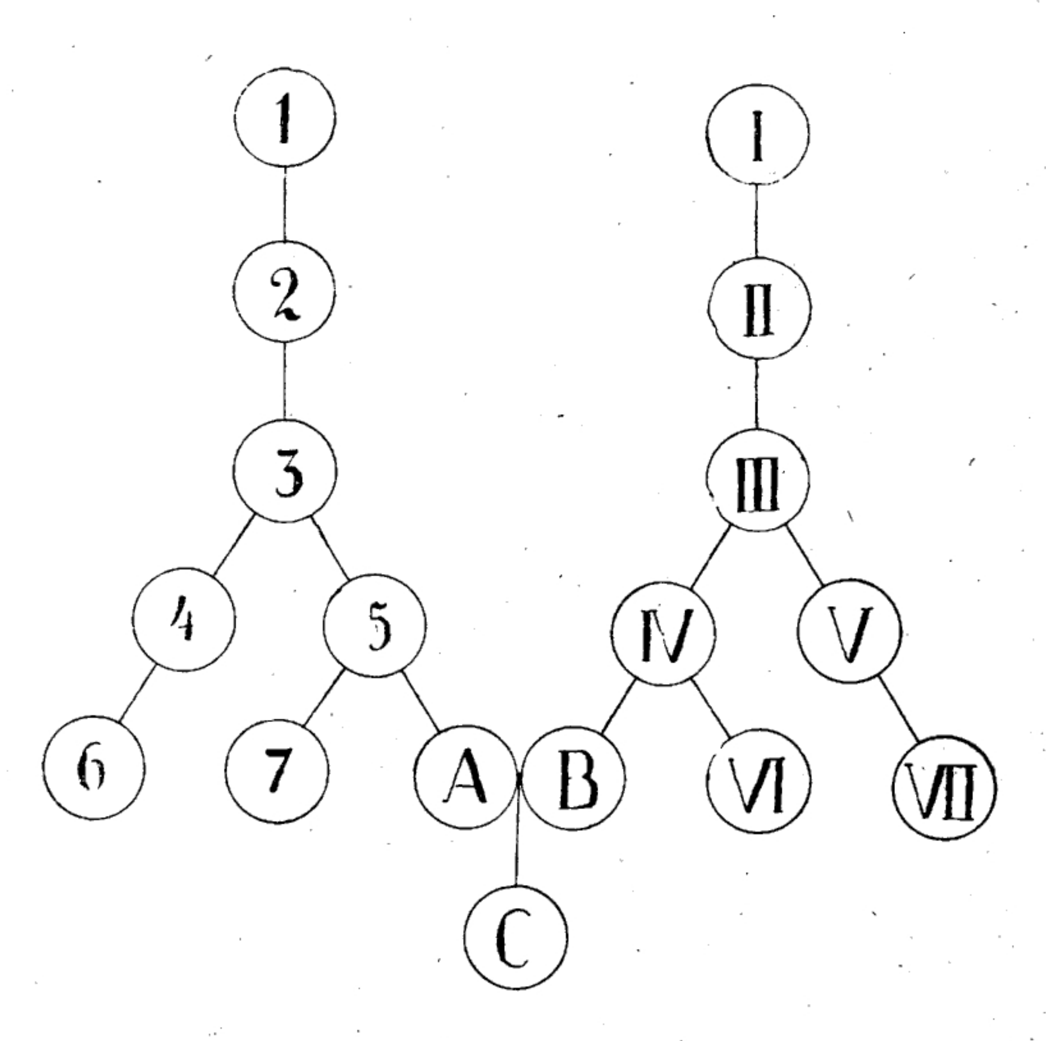


Figura 2.a

la línea; constituyen una sola persona, y, por lo mismo, ni aun parentesco existe entre ellos, si parentesco es relación entre dos.

Si del perfecto y consumado matrimonio, si de la unión carnal nace la afinidad, los esponsales producen, por causa de pública honestidad, lo que en los versos latinos se expresa con la palabra *honestas,* y puede perfectamente traducirse llamándole cuasiafinidad. Para computarla no hay más que acudir a todos los supuestos indicados respecto de la verdadera afinidad, considerando que la diferencia únicamente consiste en la del matrimonio iniciado que, según en su lugar hemos dicho, producen los esponsales, al matrimonio ya perfecto por la celebración del sacramento. Con lo que, y la precisa advertencia de que en materia de matrimonios, como esencialmente canónica, todo lo determinado se entiende serlo por la computación del derecho canónico podemos ya pasar a determinar entre qué personas está prohibido el matrimonio por razón de consanguinidad, de afinidad y de justa causa de pública honestidad.

En el Antiguo Testamento, el impedimento por consanguinidad se extendía, en la línea recta, hasta lo infinito; entre ascendientes y descendientes estaba prohibido absolutamente el matrimonio; y así aparece en el *Lev.*, capítulo 18, versículos 6, 7 y 10. En la línea transversal, la prohibición terminante no pasaba del primer grado, según se ve consignado en el capítulo 20 del mismo libro, en cuyo versículo 17 impone la pena de muerte a los hermanos que se unan carnalmente. La Iglesia, con alta filosofía, aceptó en este punto las prohibiciones que, por razón de parentesco, encontró establecidas para las nupcias por el derecho civil romano, consiguiendo de este modo concordar en todo lo posible la legislación civil con la canónica. Mas como la Religión se extendió a regiones que no estaban sujetas al poderío de Roma, y en ellas los impedimentos por razón de parentesco eran distintos que los que reconocía el derecho romano, para evitar el inconveniente de que canónicamente fueran lícitas la unión matrimonial en unos sitios, e ilícitas, con las mismas condiciones, en otros, es-

tableció ya regla fija, propia y general, determinando, como se ve en los capítulos 8.° y 9.°, título 19, libro 4.°, Decretales Gregorianas, que el impedimento por consanguinidad se extendiera hasta el cuarto grado inclusive, de modo que sólo pudiera casarse con su consanguínea la persona que estuviera en quinto o más remoto grado. Aun en esto siguió en parte el derecho romano, porque en él estaba establecida la prohibición hasta el cuarto grado, si bien por la computación civil y siempre entre personas de las cuales una tuviera con la otra lo que se llamaba *respectus parentelæ*, que tanto quiere decir como estar una de las dos inmediatamente próxima al centro común, lo que en el árbol (figura 1.ª) se demuestra considerando el núm. 6 con referencia a todos los impares descendientes del 4, o el número 7 con referencia a los pares. El haberse omitido en el derecho canónico esta particularidad parece indudablemente que no puede haberse fundado en otra razón que en la de considerar que, extendiéndose la prohibición a muchos más grados, como resulta con sólo deberse calcular por la computación canónica, ya el *respectus parentelæ* no había necesidad de que se tomara en cuenta, e inútil era prohibir por ley lo que imposible resultaba por naturaleza. Y, en efecto, por imposible debe tenerse que una persona pueda casarse con la tataranieta de su hermano. Nuestra legislación indica la misma transición de ideas: en el Fuero Juzgo existe cierta vaguedad, como no puede menos de notarse, en las leyes 1.ª y 2.ª, título 5,°, lib. 3.°, de dicho Fuero. La 1.ª, título 8.°, lib. 4.°, del Fuero Real, ya aparece con mayor claridad determinando la prohibición hasta el cuarto grado; y lo mismo determina la 12, título 2.°, Partida 4.ª De todo lo que resulta la completa concordancia del derecho canónico con nuestro derecho civil.

Por lo que hace a la afinidad, en el Antiguo Testamento, capítulos 18 y 20 del *Lev.*, se considera impedimento dirimente en toda la línea recta, pero en la transversal no parece que se extienda a más que al primer grado canónico, o sea a los hermanos del cónyuge. Al principio, la Iglesia adoptó, lo mismo que respecto a consanguinidad, las dis-

posiciones del derecho civil romano; después determinó que la afinidad fuera impedimento dirimente hasta el cuarto grado inclusive, como se encuentra establecido en el ya citado capítulo 8.°, título 19, lib. 4.°, Decret. Greg. En nuestro derecho patrio se parifica por completo la prohibición por afinidad a la de consanguinidad, pues en las mismas leyes que dejamos citadas del Fuero Juzgo, Fuero Real y Partidas se habla en idéntico sentido de la una que de la otra. Por último, en el Concilio de Trento se determinó una notabilísima diferencia, para cuyo conocimiento es preciso proceder por medio de la verdadera distinción. Originándose la afinidad de la unión carnal, desde luego se comprende que toma por causa un hecho que puede ser lícito o ilícito: el Concilio respetó la prohibición, que se encontraba establecida, en cuanto a que fuera impedimento dirimente la afinidad hasta el cuarto grado cuando procedía del hecho lícito, del verdadero matrimonio, pero en el capítulo 4.°, sesión 24, *De Ref.*, se restringe el impedimento originado de afinidad contraída por fornicación, y que dirime el matrimonio que después se celebra, a sólo aquellas personas que son parientes en primero y segundo grado. Respecto de los grados ulteriores establece que esta afinidad no dirime el matrimonio que se contrae después. Por manera que la afinidad que procede de la unión legítima dirime el matrimonio hasta el cuatro grado, y la que procede de unión ilegítima lo impide hasta el cuarto inclusive, pero sólo dirime en el primero y segundo.

El impedimento de cuasiafinidad o de justa causa de pública honestidad no podía menos de modificarse conforme se modificara todo lo relativo a esponsales. Cuando éstos merecían tan alta consideración como hemos visto se le concedían hasta que se estableció la fórmula sacramental, exigiéndose para la celebración del matrimonio la presencia del párroco y dos o tres testigos, se casi parificaban al matrimonio rato, pues con sólo la distinción entre esponsales de futuro y esponsales de presente, estos últimos venían a reputarse verdadero matrimonio. De aquí procedía, como no podía menos de proceder, una necesaria confusión, para

cuya determinación se hacía indispensable un exquisito análisis, hasta el extremo de constituir el punto más difícil de todos los que se comprenden en la materia de impedimentos por parentesco. Por la misma razón, en el día, y desde que por el Concilio de Trento, al establecerse la verdadera fórmula sacramental, se distinguió con toda precisión cuándo existe verdadero matrimonio y a qué, por consiguiente, han quedado reducidos los esponsales, el punto está perfectamente aclarado, y, de ser el más difícil, puede decirse que ha pasado a ser el más sencillo. El capítulo 3.º, de la sesión 24, *De Ref.*, dice así: «El Santo Concilio quita enteramente el impedimento de justicia de pública honestidad, siempre que los esponsales no fuesen válidos por cualquier motivo que sea, y, cuando fueren válidos, no pase el impedimento del primer grado, pues en los grados ulteriores no se puede ya observar esta prohibición sin muchas dificultades.» Una sola es la que se ofrece en la interpretación y aplicación de este precepto canónico, si bien no deja de ser sustancial. Supuesto que los esponsales, cuando son válidos, y sólo con esta precisa circunstancia, producen impedimento, aunque reducido al primer grado, ¿será dirimente, o tan sólo impediente? Los esponsales válidos, por estar celebrados entre personas hábiles y con toda clase de solemnidad, pierden su fuerza y validez tan pronto como uno de los esposos se casa con un tercero. ¿Se dirimirá, no obstante, este matrimonio? Fijemos la cuestión más, por medio de un ejemplo. Supongamos la existencia de dos hermanas, Julia y Antonia: Pedro tiene contraídos esponsales con Julia: no puede casarse con Antonia; existe el impedimento impediente de los mismos esponsales y el que aparece dirimente por justa causa de pública honestidad, pero se casa con ella: ¿se dirimirá el matrimonio? ¿Deberá reputarse nulo? Nos inclinamos a la negativa, fundándonos en que el remedio sería peor que la enfermedad; y hasta en el texto canónico, si sólo los esponsales son impedimento cuando son válidos, y si cuando no lo son, por cualquier motivo que sea, dejan de producir el impedimento, siendo lo cierto que el subsiguiente matrimonio los

anula, ya es imposible reconocer en ellos una causa superior a la misma que los ha destruído.

La cognación espiritual se produce por los sacramentos del bautismo y confirmación. Desde el principio de la iglesia se consideró que el bautizante y el confirmante, y lo mismo los padrinos, debían reputarse padres espirituales del bautizado y confirmado, pero no llegó a admitirse que de esta relación resultara un impedimento para el matrimonio, hasta que vino a declararse por el derecho romano que el padrino no pudiera casarse con su ahijada, lo cual, con el transcurso del tiempo, se extendió hasta considerar una especie de afinidad, de modo que se prohibían los casamientos de los ahijados con todos los consanguíneos de sus padrinos. El título 11, libro 4.°, Decret. Greg., está destinado en su totalidad a la explicación analítica y sintética del impedimento que produce la cognación espiritual. El título 7.°, de la Partida 4.ª, comprende la misma materia, y también la del parentesco civil, pero todas las disposiciones civiles y canónicas se encuentran refundidas y modificadas en sus conceptos por el capítulo 2.°, sesión 24, *De Ref.*, del Concilio de Trento, que dice así: «La experiencia enseña que muchas veces se contraen los matrimonios por ignorancia en casos vedados por los muchos impedimentos que hay, y que se persevera en ellos, no sin grave pecado, o no se dirimen sin notable escándalo. Queriendo, pues, el Santo Concilio dar providencia en estos inconvenientes, y principiando por el impedimento de parentesco espiritual, establece que sólo una persona, sea hombre o sea mujer, según lo establecido en los Sagrados Cánones, o a lo más un hombre y una mujer, sean los padrinos de bautismo, entre los que, y el mismo bautizado, su padre y madre, sólo se contraiga parentesco espiritual, así como también entre el que bautiza y el bautizado y padre y madre de éste. El párroco, antes de acercarse a conferir el bautismo, infórmese con diligencia de las personas a quienes esto pertenezca, a quién o quiénes eligen para que tengan el bautizado en la pila bautismal, y sólo a éste o a éstos admita para tenerle, escribiendo sus nombres en el libro y declarándoles el pa-

rentesco que han contraído, para que no puedan alegar ignorancia alguna. Mas si otros, además de los señalados, tocaren al bautizado, de ningún modo contraigan éstos parentesco espiritual sin que obsten ningunas constituciones en contrario. Si se contraviniere a esto por culpa o negligencia del párroco, castíguese éste a voluntad del ordinario. Tampoco el parentesco que se contrae por la confirmación se ha de extender a más personas que al que confirma, al confirmado, al padre y madre de éste y a la persona que le tenga, quedando enteramente removidos todos los impedimentos de este parentesco espiritual respecto de otras personas.»

La cognación civil procede de la adopción. Por derecho romano impedía las nupcias entre el adoptante y la adoptada, y en la línea recta, por regla general, entre todos los que se constituyeran en las respectivas posiciones de padres e hijos *(pars I, Inst. tit. de nuptiis;* ley 55, *D. de ritu nuptiar.).* Por manera que, ni aun destruída la adopción causa del impedimento, cabía la unión matrimonial entre los que habían estado relacionados por el vínculo civil. En la línea colateral, la prohibición se concretaba al primer grado, de modo que el hijo natural verdadero no podía casarse con la que su padre adoptaba por hija, ni aun después de revocada la adopción. El derecho canónico admitió la misma doctrina, si bien con alguna modificación, estableciendo en la línea recta lo mismo que el derecho civil, y en la transversal, que sólo existiera el impedimento mientras existía íntegra la causa que lo producía, pero que dejara de existir tan pronto como que cualquiera de los dos hermanos por adopción fueran emancipados, es decir, salieran de la patria potestad (capítulo 6.°, cuest. 3.ª, sesión 30, capítulo único, título 12, libro 6.°, Decret. Greg. Las leyes 7.ª y 8.ª, título 7.°, Partida 4.ª, reconocen y establecen el impedimento en los mismos términos que las citadas disposiciones canónicas.

Estas son las prohibiciones que afectan al matrimonio y que se comprenden en la idea general de parentesco: su razón se funda en muy altas consideraciones de la natura-

leza, de las conveniencias sociales y del decoro o respeto que se merecen los actos solemnes, mucho más cuando toman carácter religioso. Desde muy antiguo aparece reconocido por constante experiencia el hecho de que la continuada germinación de una misma semilla produce la degeneración de la raza o familias, su constante y gradual deterioro, tal vez hasta hacerse infructíferas e híbridas, y esto no sólo en el reino animal, sino hasta en el vegetal. Con uno u otro modo de expresión, por medio de unas u otras fórmulas, en todo género de ciencias así se ha reconocido este supuesto constante, admitiéndose como incuestionable, y en la actualidad, que tanta importancia se da a los datos estadísticos, se está justificando por ellos la verdad del concepto, cuya demostración espanta. Las ciencias eclesiásticas, a las cuales nunca ha podido tachárselas de estacionarias, más bien, por el contrario, siempre han aparecido avanzadas en la ilustración general, se encuentran en el caso de vindicar para sí la gloria de haber sido las primeras en el conocimiento del supuesto y en la determinación de los medios de evitar los funestos resultados que necesariamente había de producir la falta de tomarlo en consideración. En el ya citado capítulo 8.°, título 14, libro 4.°, Decret. Greg., al fijar el impedimento dirimente por consanguinidad hasta el cuarto grado, se da por razón la de que en el cuerpo humano existen cuatro humores que deben renovarse o no confundirse en la procreación, que en cada generación se pierde uno para ganar otro, y que cuando se unen los que los tienen iguales, deja de verificarse esta renovación. Hasta por el ridículo se ha querido criticar semejante teoría, sin notar que es precisamente lo que hoy dia se admite como sublime, y que, cuando más, lo único de que puede tacharse es de querer elevarse a encontrar la causa de lo que ahora todos toman por razón. El efecto ha llegado a notarse como incuestionable: la constante germinación de una misma semilla es causa de deterioro de la especie, no se sabe por qué: la Iglesia lo explicó por la teoría o supuesto de los cuatro humores; lo será o no será: la verdad es que, por una razón natural, los

matrimonios deben prohibirse entre los próximos consanguíneos, que esto ahora está reconocido por todos, y que nuestra Religión lo viene estableciendo desde el *Lev*.

A la razón natural se añaden las sociales y familiares, que tampoco podían dejar de ser consideradas por la Religión: si entre las personas propincuas que constituyen una misma familia, que tal vez viven bajo un mismo techo, fuera lícito el matrimonio, no podría menos de originar la permisión sospecha de inmoralidad, admitiendo la posibilidad de entregarse a actos carnales que, aunque ilícitos, pudieran legitimarse por medio del matrimonio; de lo cual, necesariamente, sobrevendría el consiguiente recelo, la presunción de no ser puro el afecto natural al parentesco y a la intimidad de la vida doméstica. Por otra parte, la identidad que produce el matrimonio respecto de la personificación de los cónyuges, el acatamiento y veneración con que deben mirarse actos tan solemnes como todos los que se refieren a la unión matrimonial, no pueden menos de considerarse causas suficientes para el establecimiento de las prohibiciones entre los verdaderos afines, entre los que existe la cuasi afinidad y entre los que están ligados por la cognación espiritual y civil en los grados y circunstancias que quedan explicados. De modo que, bajo cualquier punto de vista que se consideren los impedimentos dirimentes del matrimonio, siempre se encontrarán patentes las razones científicas y filosóficas que han existido para su establecimiento.

Conocidos los impedimentos dirimentes, se hace preciso también conocer los impedientes; los canonistas los refunden en los siguientes versos latinos:

Incestus, raptus, sponsalia, mors muliebris,
Susceptus propiæ sabolis, mors presbyteralis,
Vel si pœniteat solemniter, aut monialem
Accipiat quisquam, votum simplex, catechismus,
Ecclesiæ vetitum, nec non tempus feriarum,
Impediunt fieri, permitunt facta teneri.

Las conceptos comprendidos en estas palabras y frases

latinas se comprenden en toda su latitud sin más que su sencilla traducción; por lo que, al parar la consideración sobre ellos, tenemos que empezar diciendo que la mayor parte de estos impedimentos han caído en desuso, o, más bien, que las ideas a que se refieren deben comprenderse en otras, como, efectivamente, se encuentran comprendidas, y así resultará del ligero examen que nos proponemos hacer, si bien con la debida separación de aquellos que lo necesitan más detenido:

Incestus: Incesto se llama la fornicación entre parientes comprendidos en los grados prohibidos. Es claro que el impedimento impediente no se refiere a las personas que cometen el incesto, pues entre ellas existe el dirimente del parentesco: todo, pues, se reduce a que por la antigua disciplina eclesiástica, y también por el derecho civil, como se ve en la ley 13, título 2.º, Partida 4.ª, a los que cometían incesto se les castigaba con varias penas, siendo una de ellas la prohibición de casarse, no con la parienta, sino con cualquiera otra mujer, si bien esta prohibición aparecía establecida con tales restricciones, que más se tuvo siempre por una amenaza, para evitar, que como una verdadera pena para castigar. Por el capítulo 5.º de la sesión 24, *De Ref.,* del Concilio de Trento, se redujo toda la materia a establecer que si alguno presumiese contraer, a sabiendas, matrimonio dentro de los grados prohibidos, sea separado de su consorte y quede excluído de la esperanza de conseguir licencia; y esto ha de tener efecto con mayor fuerza respecto del que ha tenido la audacia, no sólo de contraer el matrimonio, sino de consumarlo.

Raptus: Ya hemos dicho en qué concepto el rapto es impedimento dirimente, y cómo llegó a fijarse por el Concilio de Trento que lo fuera, y en qué términos. De este modo también vino a modificarse la antigua disciplina eclesiástica y lo preceptuado por la ley 14, dicho título y Partida, en cuanto establecía que el raptor no pudiera casarse ni con la robada ni con otra, si bien siempre en concepto de que, si se casaba con verdadera voluntad de su consorte, fuera válido el matrimonio.

Mors muliebris: La muerte de la mujer, cometida por el marido, constituía al matador en prohibición de volverse a casar. Así lo establecían los Cánones, y también la citada ley 14, título 2.°, Partida 4.ª Es preciso no confundir este impedimento con el dirimente, que produce el conyugicidio con intención de casarse los conyugicidas, porque el dirimente, para que exista, exige la intención de perpetrar el conyugicidio para contraer luego nuevo matrimonio, y el impediente no exige la existencia de esa intención; por lo que se reduce en su eficacia, porque se encuentra disminuído en su malicia.

Susceptus propiæ sabolis: Hemos visto cómo el parentesco espiritual produce impedimento dirimente, y a qué quedó reducido por el Concilio de Trento. El deseo malicioso de anular el matrimonio inducía a que algunos se constituyeran en padrinos de sus propios hijos, para producir la cognación espiritual que dirimiera el matrimonio. Los Cánones, y conforme con ellos la citada ley 14, castigaban semejante dañada intención con la prohibición de casarse al que incurriese en ella. Creemos que es éste oportuno lugar para indicar que la Iglesia ha reconocido siempre como ineficaces estos maliciosos medios de anular los matrimonios, pues no sólo pueden procurarse por este que nos ocupa, sino por todos los que produzcan afinidad, si bien sea por coitos ilícitos. Siempre, pues, que se incurra en semejante pecado, en semejante malicia, siempre que cualquiera cónyuge se lance a realizar coito con pariente del otro para crear afinidad que dirima el matrimonio, quedará éste subsistente, y lo único resultante será que el que así proceda, además de las penas a que se haga acreedor, si el delito se le prueba, además de la penitencia que deba sufrir, si el hecho no sale del fuero interno, pierde el derecho activo, la acción a exigir el débito matrimonial, si bien queda con el pasivo, o sea con la obligación de unirse carnalmente a su cónyuge cuando se le exija. No creemos necesario mayor explicación sobre esto, y para los casos raros que sobre ello puedan presentarse remitimos a nuestros lectores al capítulo 1.°, título 13, libro 4.°, Decret. Greg.

Mors presbiteralis: Sabido es que el homicidio de algún sacerdote lleva consigo la pena de excomunión, y es natural y consiguiente que al excomulgado se le niegue el sacramento del matrimonio, y de aquí el impedimento para contraerlo, si bien tan sólo en concepto de impediente, porque si, a pesar de su existencia, el matrimonio se contrae, por la misma fuerza del sacramento deberá ser respetado, y en tal concepto se encuentra establecido en la citada ley 14. En los mismos conceptos debe comprenderse el que se expresa con la frase *si pœniteat solemniter*, y también el siguiente: *aut monialem accipiat quisquam,* porque los que sufrían una solemne penitencia, mientras permanecían en tal estado se consideraban como incomunicados con el resto de los fieles, y a los que tenían coito con monja se les tenía por sacrílegos; de aquí la razón de estos impedimentos consignados en la dicha ley 14.

Catechismus: Con esta palabra, según unos, se indica una modificación del impedimento que produce el parentesco espiritual procedente del bautismo. Cuando este sacramento se administra privadamente, y, ya por temor a la muerte, ya por cualquiera otra circunstancia, después se solemniza, no se puede tener por repetido, porque es de los que imprimen carácter, pero las personas que intervienen en la solemnidad no dejan de contraer cierta relación con el bautizado y sus padres, y de aquí el considerar un impedimento, no tan fuerte como el que resulta del verdadero acto sacramental. Otros interpretan la palabra en el sentido de ser necesario, para contraer matrimonio, que los contrayentes sepan el catecismo, la doctrina cristiana, con la debida extensión para comprender qué es lo que hacen al contraer matrimonio, por lo que está establecido que todos los que quieran casarse sufran un examen de doctrina, y si de él resulta el convencimiento de su ignorancia, se suspenda la celebración hasta que adquieran el necesario conocimiento, cuya falta podría afectar hasta el consentimiento; pero como, una vez contraído, no pueda negarse la intención, y, ésta reconocida, es preciso suponer el conocimiento, el impedimento no puede pasar de impe-

diente, por lo que el matrimonio se tiene por válido, no obstante la ignorancia.

Eclesiæ vetitum: La prohibición de la Iglesia, es decir, de la legítimas autoridades eclesiásticas comprendidas en la verdadera jerarquía de jurisdicción, ya en términos generales, ya en particulares o concretos a algún caso especial. La justa causa de estos mandatos eclesiásticos puede ser más o menos extensa, hasta el punto de concretarse a un caso especialísimo, como, por ejemplo, sería el de prohibir el ordinario que dos se casaran mientras no se decidiera negativamente la duda de la existencia de un impedimento dirimente que se supusiera entre ellos. Otro de los impedimentos es el que se expresa con la frase *nec non tempus feriarum.* En la antigua disciplina eclesiástica, y, conforme a ella, en la ley 18, título 2.°, Partida 4.ª, estaba prohibida la celebración del sacramento del matrimonio desde el miércoles de Ceniza hasta el primer domingo de Cuasimodo, y desde el primer domingo de Adviento hasta después del día de Reyes, en razón a ser las épocas que principalmente se destinan por la Iglesia para la penitencia y oración. Pero desde el Concilio de Trento, y conforme al capítulo 10, sesión 24, *De Ref.*, lo que se entiende prohibido es el practicar las solemnidades matrimoniales, reducida a la misa nupcial o de velaciones, permitiéndose, no obstante, la celebración del matrimonio; por manera que lo que se practica es verificar los casamientos, en esas épocas, con el requisito necesario para su validez, según el mismo Concilio de Trento, en presencia del párroco y los testigos, y, después de abierto el tiempo de velaciones, celebrarlo según costumbre; en el canon 14 de la misma sesión 24 se anatematiza al que dijere que la prohibición de celebrar nupcias solemnes en ciertos tiempos del año es una superstición tiránica. emanada de la superstición gentílica.

Votum simplex: Al considerar entre los impedimentos dirimentes el voto solemne de castidad, forzosamente hemos tenido que distinguirlo del simple: fijado cuál es el primero, naturalmente resulta que cualquiera otro entra en la segunda calificación. El voto simple, por lo tanto, el que

no se solemniza por medio de recibir las Órdenes sagradas o por el de profesar en religión aprobada, constituye impedimento, pues la oferta que se hace a Dios de guardar castidad contradice la idea del matrimonio; pero el impedimento es tan sólo impediente, porque la fuerza del sacramento no debe invalidarse por causa que en su comparación ha de resultar siempre mucho más pequeña. El voto simple puede ser hecho a perpetuo, es decir, para toda la vida, o por tiempo determinado; claro aparece, desde luego, que en el mismo concepto debe distinguirse su fuerza y relación. Puede ser también condicional, y penal o penitenciario: si lo primero, se tendrá por eficaz o ineficaz si se realiza o no la condición; si lo segundo, podrá sustituirse a él otro que el de la penitencia.

Réstanos únicamente tratar del impedimento impediente que resulta de los esponsales. Poco tenemos que añadir a lo que, al tratar de este contrato como preliminar de los esponsales, hemos dicho. Antiguamente, tanto por el derecho canónico como por el civil, en consideración a la gran fuerza que se daba a los esponsales, si bien por medio de la distinción de esponsales de presente o esponsales de fuero, la materia referente a este impedimento se expresaba sumamente complicada, hasta el punto de tenerse que ligar con ella lo referente al impedimento dirimente, ligamen o vínculo matrimonial anterior; mas desde que todo esto quedó perfectamente distinguido y definido por el Concilio de Trento y las leyes, a su consecuencia, establecieron que todo lo referente a esponsales quedara reducido a la esfera del mero derecho civil, ya el punto aparece reducido a su mayor sencillez, teniendo únicamente que reconocerse que el contrato de esponsales, como obligatorio, cuando es alegado y probado por uno de los esposos, impide que el otro se case con un tercero, pero que el matrimonio es válido si, no obstante su existencia, se ha contraído.

Intimamente relacionado con esta materia se encuentra la de ser necesarias, en varias circunstancias, las licencias o consentimientos de las personas bajo cuyo poderío

o guarda se encuentran los que quieren casarse o celebrar esponsales. Todo lo que a esto hace referencia se comprende en el mero derecho civil, pero la autoridad eclesiástica necesariamente tiene que tomarlo en cuenta, porque, de lo contrario, incurriría en infracción de leyes a las cuales no puede menos de prestar obediencia y acatamiento. La falta, por consiguiente, de las indicadas licencias no puede elevarse a la alta categoría de impedimento canónico, ni aun impediente; por eso las leyes civiles refieren sus disposiciones, más que al matrimonio como sacramento, a los esponsales o al contrato civil, rindiendo así el justo tributo y veneración que se consigue distinguiendo los contratos. Pero como, de cualquier modo que sea, siempre habrá de considerarse el contrato civil como esencial fundamento del matrimonio, necesariamente resulta que lo concerniente al uno tiene que considerarse en relación al otro: es preciso, por consiguiente, examinar, en este lugar, todo lo relativo a las indicadas licencias necesarias para contraer matrimonio.

Es un hecho constante el precepto de necesitar los hijos y demás personas constituídas bajo el poder de otro licencia de sus padres o guardadores para contraer matrimonio: la idea toma origen de la patria potestad, y ésta directamente de la Naturaleza; no puede menos de considerarse el ente de razón racionalmente unido, con deberes de sumisión o respeto, a la persona a quien debe el ser, o a las que, por su falta, la sustituyen, y si esto, naturalmente, se concibe, es imposible dejar de comprender en la idea el deber de sujetarse racionalmente el hijo al padre, cuando trata de disponer de su persona para el acto más trascendental de la vida. Prescindiendo del derecho romano, acudiremos a considerar la materia desde el Fuero Juzgo, y en él, desde luego, nos encontramos con la obligación, que impone a la mujer soltera, de obedecer la voluntad de su padre para casarse, hasta el punto de que, si el padre la desposa con uno, y ella, por su voluntad, se casa con otro, los dos queden sujetos a la voluntad del primer esposo, y si ella fuese auxiliada, para intentar los desposorios con el segundo, por su ma-

dre y hermanos, deben todos sufrir pena (ley 2.ª, título 1.º, libro 3.º). Muerto el padre, la facultad pasaba a la madre, y muerta la madre, a los hermanos, respecto de las hermanas. Los varones huérfanos de padre y madre, de edad cumplida, podían casarse contra el consejo de sus parientes, pero nunca las hembras, que siempre estaban sujetas al juicio de sus propincuos (ley 8.ª de dicho título). La pena de las que se casaban sin consentimiento del padre o de la madre era la exheredación, ya determinada, porque se suponía de derecho, si bien los padres podían dulcificar la pena dejándoles lo que voluntariamente quisieran (ley 8.ª, título 2.º, libro 3.º).

En el Fuero Viejo, tomándolo de los Fueros de Burgos, se establece la misma pena de exheredación, y aun se concede a los hermanos, lo que no aparece muy claro en el Fuero Juzgo, si bien se marca la distinción de si los hermanos, maliciosamente, tratan de impedir el casamiento de las hermanas por hacerlas incurrir en la pena (capítulos 1.º y 2.º, título 5.º, libro 5.º); por manera que en esta ley es donde se encuentra por primera vez la idea de que judicialmente, de un modo o de otro, pueda suplirse, si no el disenso de los padres, el de los hermanos. En el Fuero Real se explica muy determinadamente el mismo concepto, y la ley 2.ª, título 1.º, libro 3.º, determina que la mujer soltera no puede ser desheredada, aunque se case sin la voluntad de sus hermanos, a no ser que lo haga con persona enemiga declarada de ellos, u otra que, por sus circunstancias, deshonrare la familia. Las leyes 3.ª y 4.ª permiten casarse a las viudas, sin permiso de sus padres ni hermanos. La 5.ª establece la exheredación contra la mujer soltera que se case sin consentimiento de su padre y de su madre, en el mismo concepto que el Fuero Juzgo, es decir, por el mero hecho y de modo que sólo podrá heredar, si el padre o la madre la perdonan, de lo correspondiente a la herencia del que otorgue el perdón; y si, al tiempo de casarse, sólo existía la madre y ésta la perdona, percibirá lo que le corresponda de las dos herencias. La ley 6.ª concede a la mujer soltera la facultad de casarse, sin consentimiento de

sus padres o parientes, a la edad de treinta años, y casándose con hombre conveniente, sin que por esto incurra en pena de exheredación.

En la legislación de las Partidas se consignan los mismos preceptos, si bien con algunas modificaciones: la ley 10, título 1.°, Partida 4.ª, concede al padre la facultad de exheredar a la hija que se niega a tomar por marido el hombre que él la propone. La 5.ª, título 3.° de la misma Partida, impone a los que se casen clandestinamente, y contra la voluntad de sus parientes, la pena de esclavitud. La 5.ª, título 7.°, Partida 6.ª, faculta al padre para exheredar a la hija si, ofreciéndole dote y proponiéndole marido, se niega a casarse y después vive deshonestamente, pero si el padre retardase el casamiento de modo que la hija llegue a cumplir veinticinco años, aunque la hija incurra en deshonestidad o se case contra la voluntad de su padre, no puede exheredarla, porque semeja «quel fue en culpa del yerro que ella fizo porque tardó tanto que la non casó». Las leyes 2.ª, título 21 del Ordenamiento de Alcalá, y 49 de Toro; 1.ª y 5.ª, título 2.°, libro 10 de la N., establecen también las penas de exheredación contra los sirvientes que se casasen con hijas o parientas de sus señores que tuviesen en casa y los que contraigan matrimonios que la Iglesia tenga por clandestinos, siempre que tales actos se perpetren sin consentimiento de los padres o parientes.

Por pragmática de 23 de marzo de 1776, ley 9 de dicho título, se trató de establecer y regularizar la materia, y vino a decretarse que los menores de veinticinco años, para contraer esponsales y verificar el matrimonio en ellos proyectado, debieran obtener el consejo y consentimiento de su padre, y, en su defecto, de la madre, y a falta de ambos, de los abuelos por ambas líneas, respectivamente, y no teniéndolos, de los dos parientes más cercanos que se hallen en la mayor edad y no sean interesados o aspirantes al tal matrimonio, y no habiéndolos capaces de darlo, de los tutores y curadores; bien entendido que, prestando los expresados parientes, tutores o curadores su consenti-

miento, deberán ejecutarlo con aprobación del juez real, e interviniendo su autoridad si no fuese interesado, y siendolo, se devolverá esta autoridad al corregidor o alcalde mayor de realengo más cercano. A los referidos menores que se casasen sin obtener las precitadas licencias les impone la pena de incurrir, por el hecho, en justa causa de exheredación, si bien por la Real resolución a consulta de Consejo de 5 de octubre de 1790 se declaró que sólo debieran considerarse privados de la herencia cuando los padres o abuelos así lo declararan. Respecto de los mayores de veinticinco años, declara que cumplen con pedir el consejo paterno, pero que si se casan sin pedirlo, incurren en las mismas penas que los menores cuando se casan sin el consentimiento. El rigorismo de estas disposiciones venía a templarse en la misma pragmática, declarando que los padres, abuelos, deudos, tutores y curadores debían precisamente prestar su consentimiento, si no tuviesen justa y racional causa para negarlo, como lo sería si el tal matrimonio ofendiese gravemente al honor de la familia o perjudicase al Estado. Y contra el irracional disenso, en los casos y forma que queda explicado, concede a los menores y mayores de edad recurso sumario ante el Consejo, Chancillería o Audiencia del respectivo territorio, que deberá ser puramente extrajudicial e informativo, y aunque se oiga a las parte en él, por escrito o verbalmente, deberá ser siempre a puerta cerrada.

Lo preceptuado por esta ley vino a modificarse por el Real decreto de 10 de abril de 1803, inserto en la pragmática de 28 del mismo (ley 18 del mismo título), en el cual se establece que el varón hasta cumplir los veinticinco años, y la mujer los veintitrés, tengan que obtener, para casarse el consentimiento de su padre, y sólo después de haber cumplido esas edades puedan hacerlo sin este requisito; que, a falta de padre, tendrán que pedirlo a la madre, pero en este caso adquieren la libertad un año antes, esto es, los varones, a los veinticuatro, y las hembras, a los veintidós; a falta del padre y la madre, deberán obtenerlo del abuelo paterno o materno, por su orden, pero adquieren la libertad, en este

caso, los varones a los veintitrés y las hembras a los veintiúno; y, por último, a falta de abuelos, deberán prestar el consentimiento los tutores y curadores, y si los que tratan de casarse no los tienen, el juez del domicilio, pero en tales circunstancias podrán ya contraer este matrimonio los varones a los veintidós y las hembras a los veinte, todos cumplidos. La pena que esta ley impone contra los que violen sus preceptos y contra los vicarios eclesiásticos que autoricen matrimonios es la de expatriación, confiscación de bienes y ocupación de las temporalidades, por manera que en ellas inclusa se encuentra la de exheredación, puesto que aquellos que sufrían la de confiscación perdían el derecho de adquirir por título alguno. La misma pena se impone a los que, necesitando real licencia, se casasen sin ella, y son los empleados públicos en la generalidad de las carreras, los infantes y demás personas reales, los grandes de España y sus sucesores, y, aun por costumbre admitida, los títulos de Castilla, según puede verse en diferentes leyes del mismo título, cuya lata exposición creemos innecesaria.

Hemos visto que, según las leyes recopiladas, la facultad de suplir el disenso paterno se concedía al Consejo, Chancillerías o Audiencias por medio de un proceso extrajudicial e informativo, es decir, gubernativamente. Al deslindar las atribuciones judiciales de las gubernativas, dando nueva forma a los Gobiernos de provincia, entre las funciones que debían ejercer los jefes políticos por el art. 9.º de la ley de 2 de abril de 1845, se expresó la de suplir o negar el consentimiento paterno en los casos en que los hijos de familia o menores de edad quieran contraer matrimonio: esta facultad corresponde al jefe político en cuya provincia tenga su vecindad, domicilio o residencia ordinaria el padre, madre o persona cuyo consentimiento se haya de suplir. En el núm. 10 del art. 10 de la ley, sancionada en 25 de septiembre de 1863, para el gobierno y administración de las provincias, se concedía también, como una de sus atribuciones, a los gobernadores la de suplir sólo en los casos de irracional disenso y de notoria arbitrariedad, o confirmar la

negativa del consentimiento que los hijos de familia o menores de edad necesitan para contraer matrimonio, siempre que en la provincia de su mando tenga vecindad, domicilio o residencia ordinaria el padre, madre o persona cuyo consentimiento fuere necesario. Aprobada esta ley por los Cuerpos Colegisladores, por iniciativa del Congreso, se presentó la sancionada en 20 de junio de 1862, de modo que, habiendo sido propuesta con posterioridad a la de los Gobiernos de provincia, llegó a ser sancionada mucho antes, produciendo la necesidad de una aclaración reducida a derogar el párrafo 10 del art. 10, sobre cuyo extremo puede verse el Real decreto de 20 de junio de 1862.

Por la citada ley de 20 de junio se modificaron todos los supuestos legales entonces existentes, estableciéndose que el hijo de familia que no ha cumplido veintitrés años, y la hija que no ha cumplido veinte, necesitan, para casarse, el consentimiento paterno, y si falta el padre, o se halla impedido para prestar el consentimiento, corresponde la misma facultad a la madre, y sucesivamente, en iguales circunstancias, al abuelo paterno y al materno; que a falta de la madre y del abuelo paterno y materno, corresponde la facultad de prestar el consentimiento para contraer matrimonio al curador testamentario y al juez de primera instancia sucesivamente; que se considera inhábil al curador para prestar el consentimiento cuando el matrimonio proyectado lo fuere con pariente suyo dentro del cuarto grado civil; que, tanto el curador como el juez, procederán en unión con los parientes más próximos, y cesará la necesidad de obtener su consentimiento si los que desean contraer matrimonio han cumplido la edad de veinte años. Esto es lo que se determina por los tres primeros artículos. Los siguientes, hasta el 11 inclusive, tienen por objeto el reglamentar la celebración de la junta o consejo de familia para los casos en los cuales deba acudirse a ésta, que podemos llamar nueva institución en nuestro derecho, con objeto de habilitar a los menores de veinticinco años para contraer matrimonio. El art. 12 establece que los hijos naturales no necesitan del consentimiento de los abuelos;

tampoco de la intervención de los parientes, cuando el curador o el juez sean llamados a dar el permiso. Por el artículo 13 se ordena que los demás hijos ilegítimos sólo tengan obligación de impetrar el consentimiento de la madre; a falta de ésta, el del curador, si lo hubiese, y, por último, el del juez de primera instancia, sin que en ningún caso se convoque a los parientes. Los jefes de las casas de expósitos serán considerados como curadores de los hijos ilegítimos recogidos y educados en ellas. El 14 declara que las personas autorizadas para prestar su consentimiento no necesitan expresar las razones en que se fundan para rehusarlo, y contra su disenso no se dará recurso alguno. Ha venido, por lo tanto, a establecerse, conforme a esta ley, que los menores de las prefijadas edades no puedan legítimamente casarse, sin que previamente conste el permiso para realizar el matrimonio otorgado por las personas llamadas a ello, según sus respectivas circunstancias.

Pero todavía ha querido la ley corroborar el respeto que los hijos constituídos bajo la patria potestad deben a sus padres, imponiéndoles la obligación, si no ya de obtener permiso, de pedir consejo; y por el art. 15 se establece que los hijos legítimos, mayores de veintitrés años, y las hijas mayores de veinte, pidan consejo, para contraer matrimonio, a sus padres y abuelos, por el orden prefijado en los artículos 1.° y 2.°, y que si el consejo no les fuere favorable, no puedan casarse hasta después de transcurridos tres meses desde la fecha en que lo pidieron. La petición del consejo se acreditará por declaración que hubiere prestado ante notario público o eclesiástico, o bien ante el juez de paz, previo requerimiento y en comparecencia personal (1). Los hijos que contraviniesen a las disposiciones del presente artículo incurrirán en la pena marcada en el 483 del Código penal (de tres a quince días de arresto y reprensión), y el párroco que autorice tal matrimonio, en la de arresto menor. Por el 16 se declaran derogadas todas las

(1) En materia de licencia y de consejo rigen los artículos 45 a 50 del Código civil.

disposiciones anteriores en cuanto estén en contradicción con las establecidas por la misma.

Al determinarse estas disposiciones legales se ha considerado que los hijos mayores de veintitrés años, y las hijas mayores de veinte, que pasan a contraer matrimonio sin pedir consejo a sus padres, madres, o abuelos paternos y maternos, o sin esperar tres meses, si el consejo no fuere favorable, incurren en la falta expresada en el párrafo 4.° del citado art. 483: que faltan al respeto y sumisión debidos a sus padres (1). Nada se dice en la ley de la pena que deben sufrir los menores de las referidas edades, si se casan sin consentimiento de sus mayores, pero, por lo mismo de haberse hecho caso omiso en este punto, quedó en toda su fuerza y vigor el art. 399 del Código penal, que dice así: «El menor que contrajere matrimonio sin el consentimiento de sus padres o de las personas que para el efecto hagan sus veces, será castigado con prisión correccional. La pena será de arresto mayor, si las personas expresadas aprobaren el matrimonio después de contraído» (2). Tenemos, pues, determinado lo referente a la pena en que incurren los mayores y menores de edad que se casan sin consejo y sin consentimiento de sus padres, y también que los menores necesitan consentimiento, permiso, cuya falta les impide el matrimonio, y que los mayores cumplen con sólo pedir consejo y esperar tres meses, por el respeto y acatamiento debido, si la opinión de sus mayores no les es favorable. Siempre que los mayores y menores proceden a contraer matrimonio, sin obtener los segundos el consentimiento o permiso de los padres, o los primeros el asentimiento favorable, resulta, en último término, que obran contra la voluntad de sus mayores, pero no puede menos de reconocerse que es mayor el agravio que infieren los menores que los mayores, por la misma razón de que la ley impone más obligaciones a los primeros que a los segundos; así es

(1) Equivalía al art. 603, núm. 7.°, del Código penal vigente, pero hoy no es aplicable éste al caso.

(2) Es aplicable actualmente el art. 489 del Código penal de 1870.

que el hecho de los unos se encuentra enumerado y calificado entre los delitos, y el de los otros entre las faltas (1). Esta es la razón por la cual ha habido necesidad de determinar en la ley la calificación del hecho en que incurren los mayores que se casan sin pedir consejo a sus padres o abuelos, porque, a no haberlo hecho así, o hubiera resultado el precepto sin sanción penal, o hubiera sido preciso tener por extensiva a los mayores la pena que el art. 399 impone a los menores, siguiendo el espíritu de la pragmática de 23 de marzo de 1776, por la cual idéntica pena se establecía contra los menores que se casaran sin permiso que contra los mayores que se casaran sin permiso de las personas de quien debían obtenerlo.

De otra pena, no ya pública, si bien privada o familiar, de la exheredación, se habló mucho al discutirse la ley: pretendían unos que el casarse sin licencia fuera justa causa de exheredación, y otros defendían lo contrario, siendo lo más raro que el Congreso decidió a favor de la primera idea, y el Senado, de la segunda, es decir, que, de los dos Cuerpos Colegisladores, el que se supone progresivo, filosófico, con propensión a la variación, se decidió por lo histórico, por lo antiguo, por lo primitivo, y el Senado, al que siempre hay que suponer inclinado a detener el demasiadamente rápido movimiento, y con propensión a lo antiguo y tradicional, se lanzó por completo a la innovación, y, lo que es más, consiguió vencer.

La cuestión, en el terreno filosófico, lo mismo que en el histórico, era bien sencilla. En España, por mucho tiempo, se había admitido el principio de que los menores no pudieran casarse sin permiso de sus mayores: esta doctrina estaba sancionada con varias penas, y entre ellas la de exheredación, y así aparece constantemente en todo nuestro derecho, fundándose en el respeto que los hijos deben a los padres, en la potestad que los padres tienen sobre los hijos y en la necesidad o gran conveniencia de conservar

(1) Al presente rige el mencionado art. 489 del Código penal, relativo sólo al menor.

estos vínculos familiares como base fundamental de los sociales. Pero las ideas se fueron modificando: se llegó a tener por abusivo el modo de ejercer el poder paterno, se trató de relajar el vínculo, y entre el principio de que el hijo no pudiera casarse sin permiso del padre y el diametralmente opuesto, se adoptó el de que, cuando el padre lo negara, interviniera la autoridad, y si no se encontraba razón para la negativa, si el disenso era irracional, lo supliera la autoridad pública. De aquí, naturalmente, que, cuando los hijos se casaban sin permiso de sus padres, pero con permiso de la autoridad, no incurrieran en caso de exheredación, porque, supuesto que la negativa del padre era irracional, consiguiente era la racionalidad del modo de proceder del hijo, y por proceder con razón no se le había de imponer pena. De estos supuestos y conceptos venía a resultar que la pena de exheredación contra los menores de edad que se casaban sin permiso de sus padres existía, estaba vigente, no había sido derogada por las leyes, que habían establecido que la autoridad debiera suplir el irracional disenso paterno, si bien resultaba que se daban muy pocos, rarísimos, casos de aplicación, porque para casarse, los menores que se encontraban contradichos por sus padres acudían a buscar el suplemento, y lo encontraban, en el otorgamiento del permiso que les concedía la autoridad.

Natural y lógico era que al destruirse este término medio, retrotrayendo el supuesto a su prístino concepto, que al establecerse que los menores no pudieran casarse sin permiso de sus mayores, y que la falta de licencia no pudiera suplirse por la autoridad, se restableciera, o más bien se declarara vigente, la pena de exheredación contra los infractores del precepto; así, lógicamente, se comprendería, si de este concepto se hubiera hecho caso omiso, y si la ley, sin antecedente alguno, apareciera en los términos en que literalmente se encuentra redactada. Pero tomando en consideración lo que acerca de este punto pasó cuando en ambos Cuerpos Colegisladores se discutió, para llegar a ser aprobada en los términos que aparece, induda-

blemente es preciso admitir la resolución contraria. La pena de exheredación, la facultad que todas nuestras leyes concedían al padre para exheredar al hijo que, siendo menor, se casara sin su consentimiento, y sin que la autoridad supliera su disenso, ha quedado abolida: tal es, repetimos, lo que resulta, si no de la ley y sus antecedentes legales, de los razonamientos expuestos en su discusión y del concepto en que fué determinada por los Cuerpos Colegisladores y sancionada por la Corona.

Nos hemos detenido tal vez demasiado sobre este punto, porque lo hemos creído necesario, en consideración a las modificaciones que se han ido verificando en la materia, para llegar al estado en que se encuentra, y porque lo sucedido presenta la comprobación de un fenómeno general que se observa en lo que se llama progreso científico. Conforme los grandes cuerpos sociales, los Estados, las naciones, van adelantando en su vida, alejándose de su primitivo origen o constitución, se engrandece el poder público a costa del poder privado. La patria potestad se extendía al derecho de vida y muerte; después se fué limitando por medios, ya directos, ya indirectos, hasta llegar a disminuirse en tales términos, que en el día se reduce a la simple reprensión, pues ha quedado completamente abolido el imperio del padre para castigar directamente a los hijos, ni aun con penas que afecten a sus bienes, si bien la sociedad se encarga de suplir esta falta por medio de la imposición de penas que aflijan a la personas. Ya, el padre, por sí, nada puede hacer contra el hijo que, sin su consentimiento, contra su voluntad, se casa; ya se ha perdido la distinción de si la contrariedad del padre es racional o irracional; ya el hijo nada tiene que temer del padre; ya puede decirse que se encuentra desligado, porque la legislación humana lo desliga: ha roto el vínculo natural, dejando únicamente el legal; ya el hijo no tiene que temer más que al poder público, a la sociedad. El padre puede constituir a su hijo rebelde en prisión, pero no puede exheredarlo; contra la voluntad del padre, el poder público puede imponer al hijo un castigo por un hecho que en la

voluntad del padre está el que sea o no sea delito, y al padre, como jefe de la familia, como verdadero y más natural regulador de todo lo que concierne al mantenimiento de las relaciones familiares, se niega todo poder y la única facultad que debía servir de medio represivo para mantener a los hijos en la natural obediencia, respeto y sumisión que deben a sus padres. Tal vez haya quien encuentre en esto un adelanto en la civilización; de cualquier modo que sea, la verdad es que el iniciador de la ley se propuso aumentar el poder paterno, porque creía que el derecho existente y su constante interpretación lo habían relajado y malamente disminuído, y que siendo, a no poderse dudar, esta misma idea la de ambos Cuerpos Colegisladores y también la de la Corona, ha venido a resultar tan lo contrario, que ya puede decirse que ha quedado completamente destruído lo que quedaba de poder paterno, habiéndoselo quitado al padre para dárselo todo al público.

Conocidos los impedimentos dirimentes e impedientes, fáltanos todavía, para determinar por ellos quiénes son o no los que pueden contraer matrimonio, considerar que algunos de ellos son dispensables, y que, aun existentes, dejan de producir sus efectos, dejan de impedir o dirimir el matrimonio si son dispensados por quien tiene facultad para ello. Para empezar a definir estos conceptos tenemos que acudir, en primer lugar, a reconocer que la Iglesia ha tenido, porque no ha podido menos de tener, facultad para establecer impedimentos de matrimonio, y así se encuentra declarado en el canon 4.° de la sesión 24 del Concilio de Trento: «Si alguno dijere que la Iglesia no pudo establecer impedimentos dirimentes de matrimonio, sea excomulgado.» Y en el canon anterior concreta cierta clase de impedimentos: «Si alguno dijere que sólo aquellos grados de consanguinidad y afinidad que se expresan en el *Levítico* pueden impedir el contraer matrimonio y dirimir el contraído, y que no puede la Iglesia dispensar en algunos de aquéllos o establecer que otros muchos se impidan o diriman, sea excomulgado.»

Si, pues, la Iglesia puede establecer impedimentos, y

también abolir, derogar, los establecidos, todo lo referente a dispensas se reducirá a la abolición, a la derogación del impedimento, no como cosa general, sino con determinación particular y concreta a un caso especial. No se deduce, empero, de esto que la Iglesia puede dispensar todos los impedimentos; por eso hemos dicho, no que todos, sino que algunos son dispensables, pero la distinción ya, sí, se deduce de los mismos supuestos que dejamos asentados. La Iglesia no puede hacer, no puede determinar que una cosa sea y deje de ser al mismo tiempo, no puede incurrir en la nulidad que encierra el supuesto de contradicción; por consiguiente, no puede dispensar los impedimentos que se refieren a la existencia de lo fundamentalmente necesario respecto a constitución del matrimonio. Claro es, por consiguiente, que todos los impedimentos que se refieren a la falta en la voluntad, que vicien la convención, no pueden ser dispensados, si bien puede removerse el impedimento tan pronto como venga el consentimiento a destruir el vicio procedente del error, de la condición, de la fuerza o del rapto. Lo mismo puede decirse acerca de la impotencia, porque no es posible, bajo ningún concepto, dispensar este impedimento para que resulte que hay matrimonio en donde no puede haberlo; sin embargo, esto no impide a los que lo han contraído, si a ello se resignan, el vivir unidos, aunque castamente. La disparidad de cultos, cuando es tal que uno de los contrayentes está bautizado y el otro no, no puede tampoco dispensarse, porque el matrimonio expresa idea copulativa, es unión, exige que haya dos personas que puedan unirse en un vínculo que para cada una de ellas sea perfecto, y como, por parte del que no está bautizado, el Sacramento del matrimonio no puede ser perfecto, resulta que no puede serlo para los dos. La Historia ofrece, sin embargo, algún ejemplo en contra de esta doctrina, pero, en esos especialísimos casos, más bien que el impedimento para poder decir que existe matrimonio, lo que se dispensa es el pecado de la fornicación. Cuando los dos son bautizados, aunque el uno corresponda a la Iglesia católica romana y el otro no, lo mismo que

hemos dicho al explicarla, se deduce que puede ser dispensado.

Indispensable es también el que se comprende en la palabra *ligamen*, porque el dispensarlo sería permitir la poligamia, y en cuanto a los vínculos que producen el voto solemne y las Órdenes sagradas, sólo nos atrevemos a decir que varias, aunque no muchas veces, con causas que siempre se han supuesto muy graves, han sido dispensados. El voto simple, aunque sea a perpetuo y sin condición, es dispensable. Las Órdenes menores lo son hasta el punto de no deberse considerar impedimento. Por lo que hace al crimen, al adulterio o conyugicidio, con promesa de casarse los adúlteros o conyugicidas, generalmente se tiene por indispensable, porque irreligioso, impío, sería que la Iglesia coadyuvara, por decirlo así, a la realización de un hecho tan criminal, de una intención tan pecaminosa: sin embargo, cuando, a pesar del impedimento, el matrimonio se ha celebrado y resulta público y el crimen oculto, a fin de evitar el escándalo de la separación y de la publicación del delito, se acostumbra a dispensar por un breve de penitenciaría, en el cual se expresan las penitencias a que deben sujetarse y las condiciones con que deben usar el matrimonio. La falta del párroco y los testigos es también indispensable: sin su concurrencia, y conforme a lo establecido en el Concilio de Trento, se niega la existencia del matrimonio; por manera que, para que exista, es preciso verificar este requisito, y así es que, aun suponiendo que se haya celebrado sin él un matrimonio, no cabrá su dispensación, y sí sólo la canónica ratificación en debida forma; mucho menos, por lo tanto, podrá admitirse la idea de conseguir facultad para casarse omitiendo esta solemnidad, y a esto vendría a reducirse la dispensación.

Llegamos a los impedimentos que proceden del parentesco: en ellos hay que distinguir los que se encuentran consignados en el derecho divino y los que se han ido añadiendo por disposiciones de la Iglesia. Generalmente se tienen por indispensables los primeros y por dispensables los segundos: sin embargo, en el ya citado canon 3.º, se-

sión 24, del Concilio de Trento, se anatematiza al que tal dijere; de lo que resulta que aun de los parentescos de que habla el *Levítico* para declarar que impiden el matrimonio puede la Iglesia dispensarlos. Sin embargo, lo prudente, lo conveniente es que no dispense, y en este sentido debe tomarse la proposición indicada para quitarle todo peligro y poderla admitir hasta como recomendable. Respecto de la consanguinidad en la línea recta, el impedimento es indispensable, la idea repugna a la naturaleza; y de tal modo es esto cierto, que en las Sagradas Escrituras no se halla precepto alguno que directamente establezca la prohibición, de modo que se omite por innecesaria. Sin embargo, algún caso indica la Historia en que el hombre ha incurrido en tan atroz aberración, pero esto sólo prueba que el hombre es peor que lo que puede ser. En la línea colateral está prohibido terminantemente el matrimonio entre hermanos por el versículo 17 del capítulo 20 del *Levítico*, y, aunque no con tanto rigor, el matrimonio del sobrino con su tía, versículo 19, sin que nada se diga del del tío con la sobrina. Por lo que hace a la afinidad, en el versículo 11 se prohibe el matrimonio del hijastro con su madrastra, y por el 12 el del padrastro con su nuera, y por el 14 el del padrastro con la hijastra, sancionándose todas estas prohibiciones con la pena de muerte. En el 20 se declaran también ilícitos los matrimonios con la mujer del tío paterno o materno, y en el 21 con la mujer del hermano, o sea cuñada. Estas son las prohibiciones expresadas en los libros sagrados. El Concilio de Trento, en el capítulo 15, sesión 24, *De Ref.*, dijo: «No se concedan de ningún modo dispensas para contraer matrimonio, o dense muy rara vez, y esto con causa y de gracia, ni jamás se dispense en segundo grado, a no ser entre grandes príncipes y por causa pública.» Sin embargo, prescindiendo de los casos históricos que podían comprenderse en la disposición del Concilio, no deja de ser frecuente entre simples particulares dispensarse la consanguinidad en segundo grado y la afinidad hasta en el primero en la línea colateral; claro es que cuanto más lejano sea el parentesco, con más facilidad podrá admitirse como

justa la causa de dispensación. La pública honestidad ya hemos dicho que, más bien que impedimento dirimente, viene a serlo meramente impediente; el parentesco espiritual resulta de tal modo establecido, que con mucha dificultad pueden llegar, los que estén con él ligados, a pretender contraer matrimonio entre sí: sin embargo, debe conceptuarse dispensable, por ser de pura institución humana. Lo mismo puede decirse del parentesco civil, siendo de advertir que existirá mayor dificultad para la dispensa cuando a lo respetable del vínculo se añaden diferencias respecto de la edad, sobre todo si la mayoría está de parte de la mujer, porque se observa, al examinar con cuidado los libros sagrados, que marcan más la prohibición cuando por naturaleza ha de resultar que la mujer sea de más edad que el hombre, y en la legislación visigoda, terminante estaba la prohibición para tal caso (ley 4.ª, título 1.º, libro 3.º del Fuero Juzgo).

Como, según hemos dicho, las dispensas se suponen excepciones de la regla general, que si al dictarlas se hubieran previsto, hubieran quedado establecidas, forzoso es reconocer que deben fundarse en una especial y justa causa, alegada y supuesta en la concesión; de modo que si falsamente se alega, aunque la dispensa se consiga y el matrimonio deba respetarse en el foro interno, la unión será pecaminosa. Cuáles sean las justas causas, por más que se hayan querido reducir a estrictas fórmulas, es de imposible determinación, y sólo puede decirse respecto de este punto que, una vez alegada con verdad, por parte de los que pretenden la dispensa, la causa, la razón, el motivo, las circunstancias que los inducen a desear contraer matrimonio, la determinación de si lo alegado es o no justa causa, lo mismo en el foro interno que en el externo, ya no es de cuenta ni de cargo del que la pide, sino del que la concede.

La dispensa debe darse por quien para ello tenga facultad: mucho se ha disputado acerca de este punto, para cuya inteligencia es preciso empezar por analizar la materia, distinguiendo los dos conceptos que se comprenden en la idea del matrimonio, a saber: el civil y el eclesiástico. Hemos

visto en diferentes pasajes cómo al principio de la Iglesia, naturalmente, y por la consiguiente necesidad que creaban las circunstancias, los preceptos eclesiásticos tenían que basarse en los preceptos civiles, atemperándose a ellos; así sucedía indudablemente respecto de impedimentos: la Iglesia admitía como tales las prohibiciones que se encontraban establecidas en las leyes, principalmente en las del derecho romano. De esto, naturalmente, se deducía que la dispensa de los mismos impedimentos debiera proceder de la misma potestad que los instituía, y, por consiguiente, de la potestad civil; así es que Mariana, en su *Historia*, libro 10, capítulo VIII, al hablar del casamiento de D. Alonso con doña Urraca, narrando las dificultades que de él surgieron por ser parientes dentro del tercer grado, dice: «No estaba aún, por este tiempo, introducida la costumbre que por dispensación de los papas se pudiesen casar los deudos. Después, aumentando la Iglesia justamente su influencia, su poderío, llegó a suceder lo contrario, a influir lo eclesiástico en lo civil, y las legislaciones civiles tomaron su fundamento para sus determinaciones en las decisiones canónicas, hasta que, concretamente a España, vino a determinarse, como ya en su lugar lo hemos anotado, que el verdadero derecho civil, en materia de constitución de matrimonio, consistiera en admitir en todo y para todo el derecho canónico.» Si en éste se encuentra establecido que a la Iglesia corresponde el determinar los impedimentos, y si de esta facultad se deduce la de dispensarlos, por conclusión tendremos que admitir que la dispensación compete a la potestad eclesiástica. Pero ya dentro de la Iglesia, ¿quién es el que debe ejercerla? Es una de las cuestiones sobre la que se ha discutido mucho hasta en el mismo Concilio de Trento, y que está por resolver. En el capítulo 18 de la sesión 25, *De Ref.*, después de indicar los inconvenientes de las dispensas, no ya concretamente al matrimonio, sino hablando en los términos más generales, se dice: «Mas si alguna causa urgente y justa, y la mayor utilidad que se presentase en algunas ocasiones, obligase a que se dispense con algunos, se ha de conceder esta dispensa con conocimiento de la causa,

con suma madurez y de balde, por las personas a quienes tocare dispensar, y si la dispensa no se concediere así, repútese por subrepticia.»

La cuestión versaba principalmente sobre si tan sólo al Papa, en la totalidad de la Iglesia, o cada uno de los obispos en su respectiva diócesis, correspondía la facultad de dispensación: claro es que siendo ésta la duda, y existiendo, por lo mismo, diferentes y contrarias opiniones, aparecen en la Historia hechos en ambos conceptos, y, por consiguiente, contradictorios, pero en España lo generalmente admitido es reconocer en el Sumo Pontífice la suma autoridad de dispensación. Pero en el modo de ejercerla resulta la suma prudencia, el exquisito tino con que siempre la Iglesia procede en todo lo que le concierne a sus atribuciones. La dispensa se pide al Papa, y lo que el Papa concede es, por la Dataría, la comisión al respectivo obispo, para que, enterado de las circunstancias especiales y concretas al caso, otorgue la licencia, el permiso, sin el cual los solicitantes no podrían celebrar el matrimonio, salvándose de este modo todo inconveniente, todo cuanto podría suponerse exceso en la potestad suprema, conciliándose todos los extremos y haciendo resaltar la concordia que no puede menos de existir entre todos los que en la Iglesia ejercen, tanto la jerarquía de jurisdicción como lo concerniente al imperio. Los obispos, por consiguiente, son los que realmente otorgan las dispensas, si bien por comisión o delegación del Sumo Pontífice. Pero esta delegación no es preciso que sea concreta y a petición particular, sino que puede serlo general, y no sólo para dispensar los impedimentos que se oponen a los matrimonios que se tratan de contraer, sino también los que se refieren a los que debían ser ilícitos por haberse celebrado mediando impedimento. La ley 21, título 2.°, libro 10, de la N., comprende el breve de Su Santidad de 28 de junio de 1780, por el cual se conceden a los arzobispos y obispos españoles facultades sobre este punto, se establece las reglas que deben observarse para su concesión.

Según la opinión común de los doctores, y especial-

mente de Benedicto XIV, en su obra de *Sínodo diocesana*, libro 9.°, capítulo 2.°, título 2.°, los obispos pueden por sí, sin declaración general ni especial, dispensar los impedimentos dirimentes que se hayan conocido después de la celebración del matrimonio, siempre que concurran las circunstancias o condiciones siguientes: 1.ª Que el impedimento sea oculto y en matrimonio público; 2.ª Que haya habido buena fe en los contrayentes, o, al menos, en uno de los dos, es decir, que al tiempo de celebrarse el matrimonio existiera ignorancia del impedimento; 3.ª Que se presenten graves inconvenientes para la separación, ya por existir prole, ya por temor a infamia, o cualquiera otra justa causa; 4.ª Que por las mismas razones, u otras de distancia, o cualesquiera otros motivos, sea preciso emplear mucho tiempo en conseguir dispensa del Papa. Opinan también los doctores que los obispos pueden dispensar los impedimentos dirimentes, aun antes de celebrado el matrimonio, concurriendo las mismas sobredichas razones, pero siempre es conveniente, cuando el obispo no se encuentra autorizado con delegación especial o general para el caso de que se trate, después de su dispensa, conseguir por penitencia la aprobación y ratificación apostólica. El nuncio o legado apostólico tiene jurisdicción delegada para dispensar el impedimento de pública honestidad antes y después de contraído el matrimonio, y suele venir autorizado para dispensar otros impedimentos con más o menos latitud; de modo que en los casos especiales puede acudirse a su autoridad, y siendo ante ella conocidos, por el mismo se decide: 1.° Si su jurisdicción alcanza a otorgar la pretensión, y 2.° Si la otorga.

Por breve o rescripto pontificio de 12 de enero de 1839 se halla autorizado el vicerregente de la Nunciatura Apostólica de Madrid: 1.° Para revalidar en ambos fueros las letras de dispensación expedidas por la Sede Apostólica sobre el impedimento de tercer grado, o de tercero y cuarto, o del cuarto simple de consanguinidad y afinidad, las cuales fuesen nulas por causa de incesto callado en las preces, o cometido o reiterado después de remitidas las pre-

ces y antes de la ejecución de la dispensa, con absolución; 2.º Para revalidar en ambos fueros los matrimonios contraídos de buena fe, que tengan el vicio de nulidad por causa de impedimento canónico descubierto después, pero no pasando del tercer grado de consanguinidad o afinidad, 3.º Para dispensar también en ambos fueros sobre los impedimentos citados en el núm. 1.º, previa la absolución, si fuese necesario, en los matrimonios que hayan de contraerse, si se descubriese alguno de los impedimentos sobredichos, después de obtenida dispensa apostólica sobre otro impedimento, y pudiesen originarse escándalos u otros perjuicios por la dilación de recurso a Roma, y estando todas las cosas preparadas para la boda, previa, sin embargo, atestación del ordinario, y encargando su conciencia en la ejecución; 4.º Para dispensar, respecto al fuero interno, previa, en cuanto fuese necesario, la absolución, sobre el impedimento oculto de crimen en los matrimonios, tanto contraídos como que se hayan de contraer, con tal que sea sin maquinación alguna; 5.º Para conmutar, igualmente, en cuanto al fuero interno, habiendo causa justa y razonable, los votos de castidad perpetua, con tal de que fueren simples y hechos privadamente, en la confesión sacramental todos los meses, solamente para el efecto de contraer matrimonio. Los números 6.º, 7.º y 8.º se refieren a otros objetos; 9.º Para dispensar además, en el fuero interno, la petición del débito conyugal al transgresor del voto de castidad que hubiese contraído matrimonio con dicho impedimento; 10.º Para dispensar, en el fuero interno, con el incestuoso o incestuosa, respecto a pedir el débito conyugal, cuyo derecho perdió por la afinidad oculta, sobreviniente por la cópula carnal tenida con consanguíneo o consanguínea, ya sea en primer grado o en primero y segundo, o en segundo grado, de su marido o de su respectiva mujer; 11.º Para dispensar asimismo, en el fuero interno, sobre el impedimento oculto del primer grado, y del primero y segundo, y del segundo sólo de afinidad proveniente de ilícita cópula carnal, tanto en los matrimonios contraídos con dicho impedimento como en los que se

hubiesen de contraer; 12.° Para dispensar, finalmente, también en el fuero interno, en los matrimonios que hubiesen de contraerse, previa, en cuanto fuese necesario, la absolución sobre el impedimento oculto de parentesco espiritual, a excepción de entre el bautizado y su padrino, o viceversa.

Para concluir, diremos sencillamente que, según lo que dejamos ya expuesto, la verdadera dispensa es la que da el diocesano, a consecuencia de la delegación general o especial, con conocimiento de causa, y a manera de sentencia, que técnicamente se llama fulminación: ésta, por lo tanto, tiene que ser conforme a lo alegado y probado; de modo que si en la petición hay vicio de obrepción o subrepción, es decir, si se callan cosas que deben manifestarse, o las manifestadas no son verdaderas, no deberá concederse la dispensa, y si con tales vicios se concede, habiendo dado lugar a ello los solicitantes, será nula, y el matrimonio, írrito, aunque a su consecuencia se celebre. La exposición de los supuestos debe hacerse en las preces o primera exposición, ante el diocesano o persona diputada por él, para que por la vía ordinaria o extraordinaria le dé el curso correspondiente; devuelta con la denegación, deben verificarse las justificaciones, y si de ellas resulta que, o se ha ocultado algún impedimento que, además de los expuestos, existía, o alguna circunstancia agravante, no puede procederse a la fulminación, pero si, por el contrario, la equivocación consiste en haberse alegado circunstancias más graves que las que resulten, el ordinario puede fulminar su dispensa. Esto, naturalmente, se funda en que, en todo lo concerniente a otorgar gracia, en lo más se comprende lo menos.

Con lo hasta aquí expuesto podrá comprenderse lo que se encierra en la proposición que al principio de este capítulo sentamos, reducida a que pueden contraer matrimonio todos los que, estando en cabal juicio, no están incapacitados por ningún impedimento dirimente ni impediente, ya porque entre ellos no exista, ya porque, si existe, haya sido dispensado, debiéndose autorizar además, al efecto, con las correspondientes licencias, los que se encuentren en circunstancias de necesitarlas.

CAPÍTULO III

De las solemnidades con que deben celebrarse los matrimonios (1).

Razón de las solemnidades matrimoniales. — Proceso o pliego matrimonial. — Voluntad de los contrayentes. — Dichos. — Filiación y libertad de los contrayentes. — Solemnidades externas. — Bula *Satis vobis compertum*. — Velaciones. — Celebración de matrimonios ilegales.

La grande importancia de la institución, los grandes y trascendentales efectos que produce, tanto en lo canónico como en lo civil, la alta consideración que merece lo que es nada menos que un sacramento de la ley evangélica, hacen necesarias especiales condiciones y solemnidades que tengan por objeto remover, evitar todos los inconvenientes que la falta de lo sustancial en la materia pudiera producir. La unión carnal del hombre y la mujer fuera de matrimonio es ilícita, constituye un pecado mortal, según el sexto mandamiento del Decálogo: no puede menos de estar reprobada por la sana moral y buenas costumbres sociales; la clandestinidad, la ocultación de los matrimonios, puede dar lugar a sospechas, a presunciones de que los que se ven unidos lo estén ilícitamente, y de aquí al es-

(1) El art. 75 del Código civil preceptúa que los requisitos, forma y solemnidades del matrimonio canónico se regirán por las disposiciones de la Iglesia católica y el Santo Concilio de Trento, admitidas como leyes del Reino.

cándalo; las uniones de las personas entre las cuales, por existir impedimentos, no pueda existir matrimonio verdadero, producen un estado pecaminoso y criminal; la falta de voluntad y consiguiente libertad, no sólo producirá el mismo inconveniente, sino un estado de violencia y de atroz tiranía. Todo esto debe evitarse, y a precaverlo se dirigen los requisitos preceptuados para la celebración del matrimonio, que deben realizarse previamente con la formación de lo que se llama proceso o pliego matrimonial.

En él se empieza por hacer constar la voluntad de los contrayentes, y no se tiene por justificada con su mera exposición de palabra ni por escrito: es preciso que el vicario, o su delegado, o el cura párroco, en donde haya costumbre de que ante él pasen estas diligencias, a solas y separadamente, para dejar toda sospecha de coacción o falta de voluntad, pregunte a cada uno de los dos, y más especialmente a la mujer, si voluntariamente quiere contraer el matrimonio proyectado. Esto es lo que vulgarmente se llama tomar los *dichos*, que, con graves inconvenientes, suele reducirse a una mera fórmula presentada con más o menos solemnidad en la exterioridad o lujo, y en la que tal vez se omite lo sustancial. Se ha de hacer también constar en este proceso la filiación de los contrayentes, para averiguar en todo lo posible si entre ellos existe parentesco que produzca impedimento, y también, lo que no puede menos de resultar de sus partidas de bautismo, la edad en que se encuentran, con el objeto de determinar si en tal concepto necesitan licencias, por lo que también es preciso hacer constar si viven o no con sus mayores. Además, es necesario justificar la libertad en que se encuentran, la no existencia de ligamento anterior u otro vínculo excluyente, y al efecto, y por la misma dificultad de llegar a la completa confirmación del supuesto, pues como negativo, la comprobación siempre tiene que ser indirecta, se exigen dos clases de prueba: 1.ª La testifical informatoria, que consiste en presentar testigos que declaren que, por conocer de largo tiempo a los contrayentes, pueden decir que los creen libres de toda otra obligación o vínculo que les impida el

unirse en matrimonio; 2.ª La denuncia o citación pública, o lo que se llaman proclamas o amonestaciones, que no son otra cosa que la manifestación, que debe hacerse, en tres días festivos, en el ofertorio de la misa mayor en la parroquia de cada uno de los contrayentes, para que, si alguno supiere que entre ellos existe impedimento dirimente e impediente, acuda a denunciarlo, bajo la pena de pecado mortal. Estas proclamas deben hacerse, no sólo en las iglesias parroquiales en que los dos contrayentes sean feligreses, sino también en otras de las cuales, próximamente, lo hayan sido, pues no de otro modo se verificará su objeto; así es que, por la misma razón, cuando por otros medios se llegue a justificar en grado suficiente lo que por éste se procura, no hay inconveniente en omitirlas o dispensarlas; lo que siempre queda encomendado al recto criterio del juez del proceso: de modo que la información de testigos puede suplir el requisito de las proclamas, y éstas el de la información, porque son dos medios conducentes a un mismo fin, y en todo rigor, cuando con uno solo se consigue, el otro es innecesario. Corridas las amonestaciones, o haciendo constar su dispensación, se procede a la celebración del matrimonio a la faz de la iglesia, en sitio público y conforme al ritual, que, teniendo que comprender lo esencial, cual es el mutuo consentimiento ante el párroco y dos o tres testigos, varía algún tanto, si bien en España, generalmente, se usa uno mismo. Por último, el párroco debe llevar un libro en el cual escriba los nombres de los contrayentes, de los testigos, del día y lugar en que se contrajo el matrimonio.

El capítulo 1.º, sesión 24, *De Ref.*, del Concilio de Trento, determina todo lo que dejamos dicho acerca del modo de celebrar el matrimonio en cuanto a lo ritual o solemnidades que podrán llamarse externas, mas como todavía lo determinado no fuera suficiente a evitar la malicia con que se procuraban los matrimonios ocultos, el Sumo Pontífice Benedicto XIV dió, en 17 de noviembre de 1741, su Bula *Satis vobis compertum*, por la cual, además de ratificar lo que se determinó en el Concilio de Trento, reconociendo

que en especiales circunstancias puedan producirse inconvenientes de la publicación de los matrimonios, estableció las precauciones con que deban celebrarse los que deben permanecer ocultos y el modo de legitimar la prole. La consideración de ser esta materia muy interesante, y también la de que en la Bula se encuentra el precepto ataviado con el más exquisito razonamiento, nos ha decidido a copiar íntegra su traducción:

«No dudamos, Venerables Hermanos, que todos sabéis perfectamente que nuestra piadosa madre la Iglesia tuvo siempre particular cuidado en que el Sacramento del Matrimonio, al cual llama el Apóstol *Sacramento grande,* fuese celebrado públicamente por los fieles. Y a fin de que en lo sucesivo se observase esto con más puntualidad y cuidado que hasta entonces, mandó el Santo Concilio Tridentino, siguiendo en esta parte las huellas del Lateranense, celebrado en tiempo de Inocencio III, que, de allí en adelante, el propio párroco de los contrayentes, antes de efectuar el matrimonio, publicase tres amonestaciones a la Misa mayor de tres días consecutivos, y que después, no habiendo legítimo impedimento, se celebrase solemnemente el matrimonio *in facie ecclesiæ,* ante el párroco u otro sacerdote con licencia y facultad del mismo párroco o del ordinario y en presencia de dos o tres testigos. Además de esto, quiso el Santo Concilio que tuviesen en su poder los párrocos, con toda custodia y cuidado, un libro en que se escribiesen y apuntasen los nombres de los casados y testigos, y también el día y lugar en que fué celebrado el matrimonio.

»1. Mas a pesar de unas providencias dadas con tanta sabiduría, y de unas leyes tan santas, se fué debilitando poco a poco su vigor, y casi se hicieron ineficaces, por la perversa costumbre, demasiado introducida en estos fatales tiempos, de celebrar tan secretamente los matrimonios, que se llega a ocultar enteramente la noticia de ellos, quedando para siempre sepultada en el olvido; por cuanto está hoy en uso celebrarlos sin preceder ninguna amonestación, ante el párroco solamente o otro sacerdote con licencia

suya, y en presencia de dos testigos solos, presentados de intento por los contrayentes, cuya fe y verdad a ninguno de ellos consta, y esto se hace frecuentemente fuera de la iglesia, y algunas veces dentro de ella, pero siempre a puertas cerradas, o a tiempo en que, por no haber ninguna persona en ella, solamente tienen noticia del matrimonio celebrado los contrayentes, el párroco y los testigos.

»2. Cualquiera que considere los perniciosos efectos que de aquí resultan echará de ver claramente cuán ajenos son de la dignidad del Sacramento y de lo que prescriben las leyes eclesiásticas estos matrimonios ocultos, llamados vulgarmente de conciencia. De ellos, pues, se originan enormes y grandes pecados, particularmente en aquellos que, menospreciando las amenazas del juicio divino y abandonando la primera mujer con quien ocultamente se casaron, prometen contraer público matrimonio con otra, engañándola con esta esperanza, y reduciéndola a vivir con ellos torpe y licenciosamente. Mas los torpes deseos de tal modo llegan a ofuscar el entendimiento de algunos, que tienen el atrevimiento de contraer nuevo y oculto matrimonio, después de haber contraído otro igualmente oculto, sin haberse disuelto aún por la muerte de la primera mujer, haciéndose de este modo reos del enorme delito de poligamia. Otros también llegaron a tal grado de insolencia, que, en desprecio de tan grande Sacramento, después de las primeras nupcias celebradas secretamente, no temen incurrir en el pecado de poligamia, contrayendo con mayor descaro segundo matrimonio, pública o clandestinamente. Véase, pues, cuán graves y cuán indignos de tolerarse son los males que nacen de semejantes matrimonios; porque si el marido vive separado de la mujer, para evitar la sospecha del casamiento, inmediatamente se deshace la unión o *individua costumbre de vida,* en desprecio de lo que manda Dios por estas palabras: *Se unirá el hombre a su mujer, y serán dos en una carne;* y si observa esta unión o costumbre de vida con la mujer, la tacharán todos de escandalosa, como reprensible y detestable, sin que se reparen los males causados por este escándalo con la subsiguiente

celebración del matrimonio secreto, por cuanto queda oculto y todos le ignoran.

»3. Ni son menores los males que a los hijos se les siguen de este desorden, pues sucede frecuentemente que separados de los padres, y particularmente de la madre, ni son educados en la piedad ni instruídos en las ciencias, sino abandonados y expuestos a los accidentes inciertos de la fortuna, si acaso no les dan la muerte los mismos padres, con abominable temeridad y contra las leyes de la Naturaleza. Pero, aun cuando no cometan tan execrable maldad, y el amor natural y la misma humanidad los impelan y estimulen a alimentar y educar a sus hijos, queda siempre expuesta la prole habida del matrimonio oculto a la grave y lamentable pérdida de los bienes y riquezas de sus mayores, porque aunque por derecho de sangre les pertenezca legítimamente la herencia de estos bienes, quedan privados de ellos a causa de no poder probar su filiación y legitimidad por el oculto matrimonio de los padres.

»4. A este manantial de males se deben atribuir también los matrimonios clandestinos que contraen los hijos de familia contra la voluntad de los padres, que por motivos justos se los quieren impedir, pues de ellos suelen nacer los graves inconvenientes que todos saben. ¿Qué más? Llegó a tanto extremo la malicia en esta parte, que muchas veces se ha verificado que algunos clérigos de Órdenes menores hayan conservado y disfrutado las pensiones y beneficios eclesiásticos, instituídos para el culto divino y servicio de la Iglesia, mucho tiempo después de haberse casado clandestinamente, enriqueciéndose de esta manera del tesoro de la iniquidad.

»5. En esta consideración, Venerables Hermanos, exigiendo, como exige, toda la atención de nuestra apostólica vigilancia, esta multitud de males, más propios para que nos ocupemos en llorarlos con copiosas lágrimas que en referirlos más largamente, no podemos menos de implorar vuestro auxilio en esta parte y excitar vuestra piedad y celo, a fin de que veléis continuamente sobre el rebaño a vos encomendado, que, por la triste condición de los tiem-

pos presentes, se halla en grave riesgo. Así, pues, sírvaos primeramente para no ser fáciles en dispensar en las amonestaciones, de que piden dispensa, por la mayor parte, con fin siniestro, los que han de contraer matrimonio, la consideración del peligro frecuente que hay en hacer lo contrario. Acerca del cual, y de la precaución, prudencia y sagacidad con que en esta materia conviene se conduzcan los obispos, están bien claras las siguientes palabras del Concilio Tridentino: «*Pero si* (dice el mismo Santo Concilio) *en alguna ocasión hubiere sospechas fundadas de que se podrá impedir maliciosamente el matrimonio, si precedieren las amonestaciones, hágase sólo una en este caso, o, a lo menos, celébrese el matrimonio a presencia del párroco y de dos o tres testigos. Después de esto, y antes de consumarle, se han de hacer las proclamas en la iglesia para que más fácilmente se descubra si hay algunos impedimentos.*» De lo cual se infiere que, aunque puede el obispo dispensar absolutamente en las amonestaciones, no depende, sin embargo, esta facultad de la sola voluntad del dispensante, sino que es coartada por el Tridentino, según las estrechas y justas leyes de la prudencia, razón y equidad, lo que viene a ser lo mismo que exigir legítima causa para la dispensa de proclamas.

»6. Igual y aun mayor cuidado debéis poner en que, habiendo dispensado las amonestaciones, no se celebre el matrimonio ante el párroco u otro sacerdote con facultad del mismo párroco o vuestra, en presencia de dos o tres testigos de la confianza de los contrayentes, de modo que se oculte y no llegue a traslucirse la celebración del matrimonio. Pues para que esto se pueda hacer lícitamente, según lo prescriben los Sagrados Cánones, no basta cualquiera común y leve causa, sino que se requiere grave y urgentísimo motivo. El Sagrado Tribunal de nuestra Penitenciaría sólo da facultad para que se celebre de este modo el matrimonio únicamente en el caso preciso en que, pasando el hombre y la mujer, públicamente y en el concepto de todos, por casados, y sin la menor sospecha de amancebamiento, viven, sin embargo, en un oculto y verdadero

concubinato, pues en estas circunstancias se echa de ver fácilmente que no sería un medio conveniente para sacarlos, por medio de la gracia del Sacramento, del mal en que se hallan, obligándolos a contraer públicamente el matrimonio precediendo las amonestaciones o proclamas. Nos ha parecido oportuno proponeros esta práctica de la Penitenciaría, no porque sólo sea conveniente dispensar en el caso anterior, pues se pueden ofrecer otros semejantes, y quizás más urgentes, en que convenga dispensar, sino porque todo el cuidado de vuestro ministerio pastoral se debe dirigir a averiguar atentamente si la causa para la dispensa es legítima y urgente, a fin de que los matrimonios ocultos no tengan la triste y lamentable suerte que, con íntimo dolor de nuestro corazón, arriba apuntamos.

»7. Finalmente, os exhortamos, y encarecidamente amonestamos, que principalmente os informéis, con el mayor cuidado, de las personas que soliciten contraer matrimonio secreto; conviene saber: si son de tal calidad, dignidad y condición que lo pidan y soliciten por buen fin; si son libres o dependen de otros; si hijos de familia cuyos padres aborrezcan o desaprueben justamente el matrimonio, porque sería ciertamente una acción muy ajena de vuestro ministerio episcopal dar al hijo, en tal caso, fácil ocasión de desobedecer a sus padres; si son personas eclesiásticas, aunque de menores Órdenes, que obtengan pensiones y beneficios eclesiásticos, para contener después, con providencias y remedios oportunos, la abominable retención de las pensiones y beneficios eclesiásticos en los que están casados. Pero, sobre todo, antes de conceder licencia para el matrimonio secreto, cuidad de que los contrayentes presenten documentos auténticos, legítimos y sin fraude, que atesten y justifiquen su libertad para apartar de aquellos que sean de ingenio díscolo y travieso el peligro de la poligamia.

»8. En cuanto al ministro del matrimonio secreto, queremos que, para este efecto, sea diputado el párroco de cualquiera de los contrayentes, el cual, por el conocimiento que tiene de las personas, su experiencia y mucha práctica

en estos asuntos, siempre se considera más perito e instruído que otro sacerdote extraño. Mas si ocurriesen tales circunstancias que parezca necesario nombrar otro sacerdote en lugar del párroco, por motivo urgente y grave, elegiréis uno que sea recomendable por su virtud, ciencia y experiencia en el ejercicio de este ministerio.

»9. Mandaréis, sin embargo, estrechamente a cualquiera de los dos ministros del Sacramento que a este fin diputareis, que no asista al matrimonio sin amonestar antes en el Señor, con caridad paternal, a los consortes, la obligación que tienen de mandar bautizar, lo más pronto que les sea posible, a los hijos que tuvieren, y que han de dar estrecha cuenta a Cristo Juez si no los reconocieren por legítimos, los imbuyeren en la piedad y buenas costumbres, o fueren causa de que no gocen y posean los bienes temporales dejados en testamento por sus antepasados o concedidos por la próvida autoridad de las leyes.

»10. Después de celebrado el matrimonio, el párroco, o el otro sacerdote ante quien se hubiese contraído, presentará, sin dilación, al obispo el documento o papel en que están escritos y apuntados los nombres de los que fueron testigos y el día y lugar de su celebración. Después de esto, cuidaréis diligentemente, y será de vuestro cargo mandar que, para noticia y memoria de lo hecho, se copie y traslade fielmente el enunciado documento a otro libro, diferente de aquel en que se suelen anotar los matrimonios públicamente contraídos; y este libro, formado de propósito para apuntar en él los matrimonios secretos, se guardará cuidadosamente, cerrado y sellado, en el archivo de vuestra Secretaría episcopal, no permitiendo que sea abierto y registrado sin vuestra licencia; y tan solamente en el caso en que se necesite anotar en él otros matrimonios secretos, o lo requiera así la Administración necesaria de justicia, o, finalmente, pidan los verdaderos interesados se saque de él alguna certificación o documento, por no tener otro modo de probar suficientemente lo que necesitan, advirtiendo, sin embargo, al mismo tiempo, que, concluída esta diligencia, se ha de volver a cerrar y sellar como an-

tes. La certificación o atestación del matrimonio ocultamente celebrado, escrita por el párroco o sacerdote que hizo sus veces, y que os fuere presentada, se copiará y trasladará literalmente, y como es en sí, a dicho libro, por una persona de conocida integridad y virtud, que debéis diputar para este intento. Mas la certificación o atestación original la deberéis guardar y conservar, entera y salva, en otro paraje más secreto y resguardado.

»11. La prole que naciere de semejante matrimonio oculto será bautizada en la misma iglesia en que indistintamente se confiere este Sacramento a los demás niños del pueblo. Y porque fácilmente acontece que, para ocultar el matrimonio clandestinamente contraído, no se hace ninguna mención de los padres, y se omiten de intento los nombres en el libro de bautizados: Queremos, y expresamente mandamos, que el padre del bautizado, y muerto éste, la madre, os den parte y denuncien la prole que tuvieren, haciendo la referida denunciación personalmente, o por carta firmada de su puño, o por medio de una persona fidedigna nombrada a este intento por los mismos padres, a fin de que cierta y claramente os conste que la prole bautizada en tal día, tiempo y lugar (cual se supriman los nombres de los padres, cual se expresen otros fingidos) es legítima, aunque habida en matrimonio oculto. Todo lo cual, luego que llegue a vuestra noticia, se apuntará fielmente en el citado libro, para que no se pierda la memoria de ello, por la persona a quien hubiereis dado la facultad y encargo de anotar los matrimonios ocultamente celebrados. El libro, pues, en que estén apuntados los nombres de los bautizados y de sus padres, aunque deberá ser diferente del de los matrimonios, se ha de custodiar y archivar, sin embargo, en la Secretaría episcopal, cerrado y sellado con las mismas precauciones y diligencias con que arriba mandamos se custodiase cuidadosamente el de los matrimonios.

»12. Mas porque no dejará de haber algunos que en esta parte se hagan sordos a las voces de su propia conciencia y sean negligentes en obedecer estos nuestros mandatos,

los castigaréis con la debida severidad de las penas, a proporción de su culpa. Y por cuanto tenemos bastante experiencia de que los hombres, llevando, en semejantes casos, miras puramente terrenas, se hacen indolentes y perezosos y dejan de obrar, por respetos humanos, lo que debieran en conciencia, por tanto, mandamos que manifestéis y hagáis públicos los matrimonios ocultos, siempre que ciertamente os constare que la prole de ellos nacida ha sido bautizada suprimiendo los nombres de los padres, sin haberos dado parte de ello, como era justo, los mismos padres, dentro del término de treinta días, que se han de contar desde el del nacimiento.

»13. Pero a fin de que los contumaces y desobedientes no acusen a sus pastores de haber faltado a la palabra y violado el secreto, habéis de procurar, con toda diligencia, que el párroco, u otro sacerdote que diputareis para la celebración del matrimonio clandestino, advierta claramente a los consortes que sólo se les permite celebrar el matrimonio secreto bajo la condición o inteligencia de que la prole que tuvieren, no solamente ha de ser bautizada en la iglesia, sino también denunciada, después del bautismo, al obispo, con la noticia del día y lugar en que se la administró el Sacramento, y una sincera declaración de sus padres, según arriba quedó expresado, pues de otro modo, el matrimonio, aunque contraído bajo la promesa y palabra del secreto, dada por el obispo, será manifestado y hecho público en beneficio de los hijos, y a fin de evitarles la grave y de ningún modo tolerable pérdida de los bienes de sus antepasados.

»14. Queremos, finalmente, y mandamos, que las certificaciones o atestaciones del matrimonio contraído clandestinamente, y de la prole en él habida, sacadas de los referidos libros, que cuidadosamente se han de custodiar en vuestros archivos, a la manera que se dijo, merezcan tanta fe como la que se acostumbra a dar a las que se sacan de los otros libros parroquiales de bautizados y casados.

»15. Os mandamos, Venerables Hermanos, que, en me-

dio de la actual calamidad de los tiempos, observéis exacta y cuidadosamente todas estas cosas, en beneficio de la común salvación de las almas y en favor de la disciplina eclesiástica, que siempre padece o teme nuevos males, a causa de la malicia de los hombres, que cada vez más se aumenta. Empero no intentamos, por estas nuestras letras, que, para desempeñar completamente vuestro ministerio Pastoral, dejéis de valeros de otros remedios más poderosos y que, según vuestra prudencia, sean más conformes para curar este mal, que cada día se introduce entre los fieles. Entretanto, os damos la bendicion apostólica, en testimonio de nuestra benevolencia y paternal amor.»

Ya hemos dicho, al tratar de los impedimentos impedientes, que en ciertas épocas del año están cerradas las velaciones, y que esto ha venido a sustituir la antigua prohibición de celebrar en las mismas épocas el matrimonio. Las velaciones constituían en lo antiguo la verdadera publicidad del matrimonio, y era muy natural que así sucediera, cuando el matrimonio podía existir como perfecto sacramento, sin más que la mutua manifestación del consentimiento y la cópula carnal, es decir, por actos puramente privados y secretos. Cuando, conforme al capítulo 2.º, título 3.º, libro 5.º, Decret. Greg., bastaba, para tener a dos por legítimos cónyuges, que públicamente los dos dijeran serlo, había absoluta necesidad de un acto público por el cual se distinguiera el estado de clandestinidad del matrimonio del de publidad. Como la distinción era más interesante para el derecho civil que para el canónico, por la sencilla razón de que, en el canónico, a lo que no llega el fuero externo, llega el interno, y el civil, por lo mismo, necesita más determinados fundamentos para aceptar las cosas como verdaderas, nuestras leyes, generalmente, exigían, como en diferentes ocasiones tendremos lugar de notar, para reconocer la existencia del matrimonio y admitir sus efectos civiles, que los cónyuges hubieran celebrado el acto de las velaciones, reducido a oír juntos la misa que se llama nupcial, porque tiene un rito especial al

efecto, y en la cual están cubiertos con un velo: de donde se toma el nombre de velaciones, para significar la completa unión en lo espiritual y material.

Esta, por lo tanto, es la última solemnidad de las que concurren para la legítima celebración del matrimonio, pero, conociendo su objeto, desde luego se comprende que, en la actualidad, ha perdido mucha de su importancia. Desde que por el Concilio de Trento y disposiciones posteriores, particularmente la Bula que dejamos copiada, ha llegado a fijarse el modo o forma solemne para la celebración del matrimonio y los registros en los libros parroquiales de todos los que se celebren, aun de los ocultos; en una palabra, desde que, sin necesidad de acudir a las velaciones como medio de publicidad, los matrimonios son públicos, y no pueden menos de serlo, porque si les falta este requisito, se niega su existencia, las velaciones deben ya considerarse casi de todo punto innecesarias para la publicidad, puesto que ésta se consigue por otros medios; y francamente nos atravemos a exponer nuestra opinión de que, en el día, el matrimonio contraído con las solemnidades prescritas en el Concilio de Trento, y en la Bula *Satis vobis* y entre personas que, bajo cualquier concepto que se las considere, pueden contraerlo, producirá, en el terreno del derecho civil, todos los efectos, lo mismo si los cónyuges han celebrado el rito de las velaciones que si no lo han celebrado, aun respecto de aquellas disposiciones legales anteriores al Concilio de Trento en que expresamente se exigen la velaciones.

Concluiremos este párrafo citando el capítulo 2.º, título 12, lib. 2.º, del Código penal, en el cual, bajo el epígrafe de Celebración de matrimonios ilegales», se establecen las penas en que incurren los que pasan a contraer matrimonio contra lo establecido por los Cánones y las leyes, así como también los eclesiásticos que los autoricen (1). Creemos suficiente esta referencia, y fuera del objeto de nuestro tra-

(1) Artículos 486 a 494 del Código vigente.

bajo el entrar en mayor explanación sobre este punto, bastando a nuestro propósito advertir que todo lo penal, que en nuestras antiguas disposiciones legales se encontraba mezclado con lo relativo a las disposiciones civiles, hoy día aparece ya perfectamente deslindado, resultando que lo concerniente a pena, con completa separación de lo que se refiere a los efectos civiles, ha venido a modificarse, debiéndose sustituir las disposiciones del Código penal a lo que hasta su publicación se consideraba vigente.

CAPÍTULO IV

Del divorcio (1).

Indisolubilidad y perpetuidad de la unión matrimonial. — Antiguo Testamento. — Materia del capítulo. — Distinción, según sea el matrimonio: iniciado, legítimo, rato y consumado.— Matrimonio iniciado. — Matrimonio legítimo. — Matrimonio rato: Su disolución por profesión religiosa. — Posibilidad de la disolución. — Legislación patria sobre la materia. — Matrimonio consumado. — Textos del Evangelio respecto al adulterio. — Derecho canónico.—Concilio de Trento. — Legislación civil: Fuero Juzgo, Fuero Real. — Legislación de Partidas: Leyes de Toro.— Equiparación, en cuanto al adulterio, del matrimonio con los esponsales. — Concepto del delito de adulterio.—Carácter de delito privado.—Condonación del delito. — Facultades concedidas por las leyes al marido. — Apostasía. — Bigamia.— Respeto a las uniones legítimas de los no cristianos. — Efectos de las uniones en la legislación visigoda.—Legislación de Partidas.—Votos de castidad hechos por los cónyuges. — Nulidad de matrimonio. — Impedimento producido por la afinidad respecto al matrimonio y a los esponsales. — Afinidad procedente del coito ilícito. — Separación de los cónyuges en los casos de adulterio, profesión religiosa y apostasía.—Otros casos en que también procede la separación.—Tribunales competentes en los juicios sobre nulidad, disolución del vínculo y separación de los cónyuges.—Defensor del matrimonio. — Confirmación de la doctrina canónica sobre los expresados juicios por la legislación de Partidas.

La unión matrimonial, según la dejamos explicada y según se comprende por la misma definición que de ella hemos dado, es perpetua e indisoluble. Creemos excusado el acudir a extensas consideraciones, a elevados razonamientos, para demostrar y justificar, no sólo la conveniencia, sino la necesidad de que así sea. Todo lo que pudiéramos decir, sobradamente dicho está; si algo quisiéramos añadir, serían escasas gotas en un mar de convencimiento. Sin embargo, no estará demás consignar que la idea, que el supuesto, sólo ha encontrado su perfeccionamiento en

(1) Art. 52 del Código civil.

la Religión cristiana: sólo el cristianismo ha venido a determinar lo que parece que debía deducirse por el mero raciocinio, demostrando que nuestra Religión es, como no puede menos de serlo, siendo emanación directa de Dios, la verdadera luz que destruye las tinieblas.

La luz existía en el Antiguo Testamento: en el Génesis se dice que, por la unión marital, el hombre y la mujer son dos en una misma carne, y en la unidad no cabe separación, pero esta luz, aun dentro del mismo pueblo de Dios, se había eclipsado, y en el Deuteronomio, capítulo 24, se consigna la facultad concedida al marido para repudiar a su mujer. Mas viene Jesucristo a establecer la ley de gracia, y, según San Mateo (capítulo 19), preguntado por los fariseos si era lícito a un hombre repudiar a su mujer por cualquier causa, dijo: «¿No habéis oído que el que hizo al hombre desde el principio, macho y hembra, los hizo y dijo: Por esto dejará el hombre padre y madre, y se ayuntará a su mujer, y serán dos en una carne? Así, que ya no son dos, sino una carne. Por tanto, lo que Dios juntó, el hombre no lo separe.» Replicáronle: «Pues ¿por qué mandó Moisés dar carta de divorcio y repudiarla? Y contestó: «Porque Moisés, por la dureza de vuestros corazones, os permitió repudiar a vuestras mujeres, mas al principio no fué así. Y dígoos que todo aquel que repudiare a su mujer, si no es por la fornicación, y tomare otra, comete adulterio, y el que se casare con la que otro repudió comete adulterio.» San Marcos, en el capítulo 10, consigna los mismos preceptos, siendo de notar que omite la que parece única excepción referente al adulterio, que por lo mismo debe ser considerada con gran detenimiento, como más adelante tendremos ocasión de hacerlo. Si dentro de la ley de Dios han existido nubes que hayan perturbado la pureza de la verdadera luz, hasta el punto de haber sido necesaria la voz de la verdad misma para restablecer la claridad, nada tiene de extraño, y, antes bien, es muy natural, que en las legislaciones puramente humanas, por más sabios que hayan sido los hombres que en su perfeccionamiento se hayan empeñado, por más grande que haya sido el cúmulo de ciencias para estable-

cerlas, se encuentre consignado el error, desconocida la verdad.

Pero si es exacta la proposición, si el matrimonio es indisoluble mientras exista la idea de su perpetuidad, es decir, mientras vivan los dos cónyuges, ¿a qué debe reducirse la materia de este capítulo? ¿Cómo se admite la idea que expresa su epígrafe? La materia se reduce a la explicación del concepto, a la determinación del verdadero significado de las voces: la idea expresada en el epígrafe sólo se admite como signo convencional, de cuya explicación y verdadero significado se deduce la exactitud de la misma proposición. En último resultado, vendrá a pararse en que el matrimonio sacramental, llevado a su último término, es indisoluble, y, por consiguiente, que la palabra divorcio no significa disolución del matrimonio contraído en los términos expresados, y que su sentido viene a reducirse a límites mucho más estrechos, cuya distinción, canónicamente, se hace explicando la diferencia de divorcio *quo ad vinculum* y divorcio *quod thorum et mutuam cohabitationem*. Pero como el matrimonio puede considerarse en diferentes estados, y, en esta diferencia, ser más o menos fuerte el vínculo, para justificar plenamente nuestra proposición, es preciso considerarla con referencia a la expresada distinción y a cada una de las especies de matrimonio, pues de lo contrario, resultaría inexacta y, por lo tanto, falsa, siendo lo cierto que sólo es verdadera con referencia al matrimonio en su mayor complemento, y por eso así la hemos sentado. Recordando, por lo tanto, las diferentes especies de matrimonios que ya hemos explicado, diciendo son: iniciado, legítimo, rato y consumado, procederemos a la exposición de la doctrina y explicación de la materia, hasta llegar a demostrar por completo nuestra proposición y determinar todo lo concerniente a la distinción de las dos diferentes especies de divorcio.

Poco tenemos que decir acerca del matrimonio iniciado: hemos dicho que lo constituyen los verdaderos esponsales, hemos expuesto a qué se reducía la antigua distinción entre esponsales de futuro y esponsales de presente,

y la variación en esta materia introducida por el derecho moderno, especialmente desde el Concilio de Trento. Conocida es, por consiguiente, la fuerza que hoy tienen los esponsales en la limitación con que se admite este concepto; explicada queda, así como también las causas, las razones por las cuales se destruye, anulándose por completo, quedando disuelto el vínculo: sólo, pues, tenemos que decir que en los textos canónicos antiguos, con la expresión de esponsales de presente, se significa una idea, un concepto que llega a parificarse con el de matrimonio rato, porque sin esta advertencia podrá incurrirse en alguna confusión ocasionada al error. Pero, una vez esto notado, resultará que si el vínculo contraído por medio de los esponsales es disoluble, consiste precisamente en la razón de no ser matrimonio, o de ser matrimonio que no ha llegado a su verdadero complemento, como lo manifiesta su misma calificación de iniciado.

También tenemos que decir muy poco sobre el matrimonio legítimo. Hemos dicho en su lugar que en España, o hay que excluir esta especie de las que se comprenden en el género, o hay que reconocer que sólo puede atribuirse la calificación al matrimonio sacramental: de ello resulta que entre nosotros no puede considerarse el matrimonio legítimo absolutamente, porque, o no existe, y no puede darse acción sin objeto, o lo hemos de considerar en otra calificación: diremos, por lo tanto, únicamente que allá adonde se reconozca esta especie de matrimonio, tanto en su constitución como en su eficacia, y, por consiguiente, con referencia a su disolución, estará sujeto a lo que las leyes civiles determinen. En el antiguo derecho romano, anterior al cristianismo, y antes que en él empezaran a notarse las influencias de la Religión cristiana, las nupcias, que era la unión más solemne del hombre y la mujer, se consideraban disolubles por ciertas y graves causas, si bien solían admitirse como suficientes con bastante facilidad y extensión.

Por lo que hace al matrimonio rato, tenemos que proceder recordando que ya, canónica y civilmente, es verda-

dero y perfecto matrimonio, si bien le falta todavía el complemento de la consumación. Esta falta lo excluye del concepto expresado en nuestra proposición, y, por lo mismo, no puede aplicársele con todo rigor, de modo que no porque esta clase de matrimonio sea disoluble puede tacharse de inexacta. El matrimonio rato, en efecto, se disuelve por una sola causa, cual es la profesión religiosa: así, terminantemente, se encuentra consignado en el capítulo 2.º, título 32, libro 3.º, Decret. Greg., en cuyo resumen o epígrafe se dice: «Antes de la consumación del matrimonio puede cualquiera de los cónyuges, aun contra la voluntad del otro, entrar en Religión, y el que queda, en el siglo, pasar a contraer segundo matrimonio», siendo precisamente la razón fundamental de esta disposición canónica la de faltar el hecho que verdaderamente, por constituir la unión carnal, es la causa de confundirse en una carne las dos personas, y, por consiguiente, de no verificarse la verdadera realización del concepto que produce la indivisibilidad, y con ésta la razón de hacerse el vínculo indisoluble. Pero como, aun supuesta y reconocida esta falta de complemento, no puede menos de reconocerse la perfección del sacramento celebrado, sólo por lo que se supone causa mayor, cual es la de consagrarse exclusivamente a Dios, separándose del mundo, se admite la disolución del vínculo; y como el cónyuge que queda, en el siglo no puede considerarse ligado sino tan sólo por un acto de la voluntad, que se destruye por la voluntad del otro, como por su parte no se ha realizado hecho alguno que constituya unión carnal que produzca indivisibilidad, natural y lógico es que destruído, por voluntad de otro, lo único que podía ligarle, quede quito de toda obligación y en completa libertad para contraer otro vínculo. En el capítulo 14 del mismo título se fija todavía más el concepto, declarándose que tan sólo por la profesión en Religión, y no por el propósito de castidad observada en el siglo, se disuelven los esponsales de presente, debiéndose entender, como ya hemos indicado, que en la idea de esponsales de presente se comprende el matrimonio rato. En la razón expuesta se encuentra la de esta disposición: el cón-

yuge que, antes de la unión carnal, quiera huir de la que quiera hacer propia carne, renunciando al mundo para ligarse a Dios, optando entre dos ideas que se consideran absolutas por la que se reputa mejor, puede hacerlo, pero por inadmisibles deben tenerse los términos medios, cual sería el que resultara de vivir en el mundo, faltando a las obligaciones en el mundo contraídas; así es que, aunque uno de los cónyuges haga voto de castidad, consintiéndolo el otro, tiene que prestar el débito, si no profesa en Religión, como perfectamente se explica en el capítulo 11 del mismo título.

Esta facultad concedida a cada uno de los cónyuges para disolver por su propia voluntad el matrimonio rato, necesariamente tiene que estar acompañada de la posibilidad de ejercerla, y al mismo tiempo limitada por una regla de prudencia: ambas cosas se encuentran determinadas por los capítulos 7.º y 8.º del mismo título. El cónyuge, después de estar ligado por el matrimonio rato y antes de la consumación, puede negarse a ella, manteniéndose en el derecho de disolver por su propia voluntad el vínculo, pero tan sólo por tiempo de dos meses que se le conceden para deliberar. La correlativa obligación de este derecho consiste en tener el otro cónyuge que esperar, por esos mismos dos meses, sin poder exigir en ellos la unión carnal, el débito conyugal, pero, una vez pasados, perdido el derecho, se extingue la obligación: el cónyuge que no quiere renunciar al matrimonio puede exigir su consumación; el otro no puede negársela; aunque se la niegue, como la negativa es ilícita. en el hecho ilícito no puede fundar su derecho, y, en último término, viene a resultar que, transcurrido el tiempo concedido para deliberar, háyase o no realizado el coito, ya ninguno de los cónyuges, contra la voluntad del otro, puede sostener el matrimonio en el estado de rato, ni, por consiguiente, disolverlo por su profesión religiosa. No han dejado de existir, sin embargo de lo dicho, dudas acerca de la disolución del vínculo en el matrimonio rato, sosteniendo algunos que no podía considerarse suficiente causa la profesión de uno de los cónyuges contra la volun-

tad del otro, porque llevaba en sí el vicio, el supuesto ilícito de faltar a lo prometido en el acto de la celebración del matrimonio; había también alguna duda sobre si bastaba entrar en Religión o era necesario profesar, y se fundaba en que en la mayor parte de los textos canónicos se usaban precisamente voces que más bien tenían el primero que el segundo de los dos significados. Todas estas dudas vinieron a decidirse en el Concilio de Trento, habiéndose definido en el canon 6.° de la sesión 24 «que si alguno dijese que el matrimonio rato, mas no consumado, no se dirime por los votos solemnes de Religión de uno de los dos consórtes, sea excomulgado».

Nuestra legislación patria ha estado siempre conforme con estas mismas doctrinas. En el Fuero Juzgo no se encuentra disposición especial que pueda servir de texto determinativo, y esto es muy natural: no se distinguía entonces con la precisión que se ha hecho después, ni los esponsales del matrimonio rato, ni éste del consumado, porque la mezcla de las religiones y de las dos diferentes razas, aun después de la conversión de Recaredo y de la influencia que en la legislación civil tuvieron los Concilios de Toledo, impedían el refinamiento de estas distinciones. Pero ya en el Fuero Real nos encontramos con la ley 9.ª, título 1.°, libro 3.°, en la cual con la mayor exactitud y precisión se consigna el principio: «Si algunos, dice, se otorgaren por marido e por muger e ante que hayan que ver en uno, uno con otro ambos, y el uno quisiere tomar orden, puedalo facer, e si el uno fincare a el siglo, puedase casar sin pena.» La ley 13, título 7.°, Partida 1.ª, explana más el concepto, diciendo de esta manera: «Otorgandose algunos por marido e muger por palabras de presente, que quiere decir como cosa que se otorga e que se face luego, como si digese el ome a la muger: yo me otorgo por vuestro marido; e ella digese a él: otrosi, yo me otorgo por vuestra muger, o otras palabras semejantes, como quier que el tal casamiento sea firme e debe valer; pero si alguno dellos quisiere entrar en Orden ante que se ayunten, puedelo facer, magüer que el otro lo con-

tradiga: e qualquier dellos que al siglo fincare puede casar. E si alguno destos sobredicho, que dizen que quieren entrar en Orden, tardasse que lo non cumpliese, devele su Obispo poner plazo á que entre; e si fasta aquel plazo non entrare, develo apremiar que de dos cosas faga la una: ó que entre en la Orden, ó que cumpla el casamiento; e si ninguna destas cosas non quisiere fazer, develo descomulgar; e esto porque semeja que lo faze á mala parte, porque se non cumpla el casamiento.» La 1.ª, título 2.º, Partida 4.ª, después de definir el matrimonio y decir que los consortes han de vivir siempre en uno, añade: «Pero si el casamiento fuesse fecho por palabras de presente, segun dice en el título anterior deste, que fabla de las desposajas, como quier que de suso dize en esta ley que siempre deben vivir en uno, razon ay, porque non seria assi. Ca si algun dellos quisiesse entrar en Orden ante que se ayuntasen carnalmente, poderlo y a fazer, magüer el otro contradixese; e despues que fuese este atal entrado en Orden, e oviese fecho profesion, puede el otro casar si quisiere.» Por último, la ley 5.ª, título 10 de la Partida 4.ª, clasifica los mismos conceptos en estos términos: «Pero en el desposorio, que es fecho por palabras de presente, a tal firmeza que non se pueden departir los que assi fuessen desposados; fueras ende en una manera si alguno dellos entrase en Orden de religion ante que se ayuntasen carnalmente, segun dice el Título de los Casamientos.»

Llegamos a tenernos que ocupar del matrimonio consumado. A éste es al que se refiere con toda exactitud nuestra proposición, porque éste es el que verdadera y absolutamente no admite ninguna causa de disolución, como no sea la muerte de uno de los dos cónyuges, pero esta no puede tomarse por causa de disolución, porque la idea debe referirse a la unión: ésta no puede existir sin la dualidad, y cuando la posibilidad se destruye, no puede suponerse que la unión, sobre la cual recaiga la idea de disolución, se disuelve. Pero, por más exacta que sea esta proposición, se hace indispensable acudir a examinar con la necesaria latitud algunos conceptos que llegan a rozarse con ella, hasta

el punto de poder originar cuestiones que, si no se resolvieran y desvanecieran, tal vez alcanzaran el carácter de verdaderas objeciones. Versan principalmente sobre el adulterio, la apostasía y conversión a la fe, y la profesión religiosa por convención de los cónyuges.

Ya dejamos indicado que teníamos que considerar con la debida detención los textos del Evangelio según San Mateo y San Marcos referentes a la disolución del matrimonio por causa de adulterio. Según el primero, dijo Jesucristo: «Todo aquel que repudiare a su mujer, si no es por la fornicación, y tomare otra, comete adulterio, y el que se casare con la que otro repudió, comete adulterio» (cap. XIX, versículo 9.°). Este es, de los cuatro, el único evangelista que ha consignado el principio, porque el que más, de los otros tres, latamente trata de ello es San Marcos, capítulos VII, versículo 10, y XI, en los cuales, usando la misma forma y casi las mismas palabras para sentar la regla general, suprime, sin embargo, la excepción, que precisamente es el origen y causa de la disputa. Si la regla general consiste en que el cónyuge no pueda, ni aun repudiando a su mujer, tomar otra sin cometer adulterio, y si se admite la excepción de que existiendo el adulterio no tiene aplicación la regla general, como que la negativa destruye la afirmativa contraria, la consecuencia precisa no puede menos de ser que, por el adulterio, es lícito al cónyuge inocente repudiar al culpable y unirse a otro: y como la segunda unión no puede suponerse nunca lícita existiendo la primera, por último resultado se incurre en que por el adulterio se disuelve el vínculo. Contra este argumento, fundado en la autoridad del mismo texto sagrado, se ha opuesto, naturalmente, el que resulta del otro texto, criterio de idéntica fuerza, de igual convencimiento y que aparece en abierta oposición: según San Mateo, el matrimonio es indisoluble, la proposición es general, pero admite un caso de excepción, cual es el adulterio; según San Marcos, la proposición es universal, no admite ningún caso de excepción. Es imposible suponer que los dos evangelistas estén en contradicción; es absolutamente necesario admitir que los dos están

en perfecto acuerdo, diciendo una misma cosa. He aquí la necesidad de convenir en uno de los dos extremos, y en esto ha consistido la lucha que por mucho tiempo ha permanecido indecisa, pero que ya, afortunadamente, ha llegado a decidirse.

Patrono de torpeza es el que no quiere separarse de su mujer adúltera, dice el canon 1.°, cuestión 1.ª, causa 32; por la fornicación, el varón debe dejar a su mujer, pero no debe tomar otra, canon 2.°: de este modo se ha resuelto la cuestión, y es preciso notar hasta qué punto en él se concilian los dos contradictorios extremos. En lo ilícito, en torpeza, incurre el hombre que no quiere separarse de su mujer adúltera; sólo separándose de ella cumplirá su deber, pero, separado que sea, no debe tomar otra, porque el vínculo subsiste. En el canon 3.° se explica, por el criterio de la razón, la verdad que resulta del de autoridad del texto sagrado: el que adultera, se une a su cómplice, de modo que, cuando vuelve a unirse con su cónyuge, la unión es ya nefanda, comete un casi adulterio, y por esto la fornicación del varón mancha á la mujer. Pero lo ilícito, lo pecaminoso de la fornicación puede purgarse por la penitencia, readquiriendo la pureza necesaria para la mancha; y así es que en los cánones 4.° y 6.° se establece que el marido que no quiera separarse de su mujer adúltera, y, a sabiendas de que lo es, se casa con ella carnalmente, sufra dos o tres años de penitencia; y los cánones 5.° y 6.°, que, después de purgado el pecado por la penitencia, puede el varón recibir a su mujer, pueden reconciliarse los cónyuges. En el capítulo 4.°, título 19, libro 4.°, Decretales Gregorianas, se declara que debe ser rechazada la petición de la adúltera que quiere unirse a su marido, si éste guarda castidad, y en el 5.°, que si el marido, separado de su mujer por adúltera, incurre en fornificación, debe volver a unirse con ella. En el capítulo 3.°, título 16, libro 5.°, Decretales Gregorianas, se declara también que el marido que retiene a su mujer adúltera sin que haya hecho penitencia, se hace partícipe del delito, no así si la admite después de la penitencia, pero que ni aun en este caso debe unirse a

ella con frecuencia. En el capítulo 6.° se determina que el cónyuge a quien se le pruebe adulterio no puede acusar al otro del mismo delito, y en el 7.°, que, cuando los dos son adúlteros, deben permanecer unidos.

A pesar de todas estas disposiciones canónicas, tan terminantes, tan explícitas y distintivas, no concluyó la disputa: entre los griegos, la opinión más común era la de afirmar que por el adulterio se disolvía el vínculo; los calvinistas y luteranos sostenían lo mismo, hasta que en el Concilio de Trento, canon 7.°, de la sesión 24, se determinó que «si alguno dixere que la Iglesia yerra, quando ha enseñado y enseña, segun la doctrina del Evangelio y de los Apóstoles, que no se puede disolver el vínculo del matrimonio por el adulterio de uno de los dos consortes, y quando enseña que ninguno de los dos, ni aun el inocente, que no dió motivo al adulterio, puede contraer otro matrimonio viviendo el otro consorte, y que cae en la fornicacion el que casare con otra, dexada la primera por adúltera, o la que, dexando al adúltero, se casase con otro, sea excomulgado». Pero ni aun esto bastó para cortar de raíz la cuestión, porque algunos siguieron sosteniendo que el Concilio, lo que había anatematizado no era la opinión de que por el adulterio se disolvía el vínculo, sino la aseveración de que la Iglesia había errado al declarar que, según la doctrina del Evangelio y de los Apóstoles, por el adulterio no se disolvía el vínculo, de modo que el cónyuge inocente pudiera pasar a contraer matrimonio viviendo el otro. Como ya el argumento se rompe por lo sutil, se hace necesario presentar la cuestión con alguna mayor claridad. Antes del Concilio de Trento estaba ya declarado, como se ve por los textos que dejamos citados, que por el adulterio no se disolvía el vínculo; la disputa, por consiguiente, versaba sobre si esa declaración estaba o no conforme con los textos del Evangelio, sobre si esa declaración era o no errónea. Unos sostenían que la Iglesia había errado; otros, que no; el Concilio de Trento, según unos, lo que anatematizó fué únicamente la aseveración de que la Iglesia había errado al fijar la interpretación de los textos sagrados: de modo que no está decla-

rada todavía herética la opinión de que por el adulterio se disuelve el vínculo. Otros, por el contrario, sostienen que en la fórmula de que se valió el Concilio de Trento, implícita y explícitamente se comprende la excomunión contra los que sostengan que por el adulterio se disuelve el vínculo: esta es la opinión que ha prevalecido en la Iglesia romana, que ha venido sosteniéndose y confirmándose por la constante aplicación del canon, hasta el punto de que en la actualidad, si alguno quisiera sostener lo contrario, podría ser refutado, si no ya por el texto expreso, por el derecho escrito, por el consuetudinario que resulta de la uniforme y constante interpretación y aplicación. El vínculo del matrimonio, por lo tanto, una vez consumado, según el derecho canónico, no se disuelve por el adulterio: será causa necesaria de la separación de los cónyuges mientras el pecado no se purgue, aunque esto más concierne al foro externo que al interno. En éste será razón suficiente para que el cónyuge inocente pueda separarse del criminal, pudiendo hacer el varón que su mujer adúltera, con la cual no quiera reconciliarse, sea encerrada en un convento para que haga penitencia (capítulo 19, título 32, libro 3.°, Decretales Gregorianas), pero, aun separados los cónyuges, el vínculo existe entre ellos, el vínculo no se disuelve, siempre queda subsistente en toda su esencia, por más que se modifiquen sus condiciones, pues ni aun el inocente podrá pasar a contraer segundo matrimonio mientras el otro viva.

Esta doctrina, que podremos llamar preceptiva, por fundarse, ya en el precepto, ya en su constante interpretación y aplicación, viene a corroborarse también con otra razón que se deduce de los que deben tenerse como principios reconocidos. El adulterio de uno de los cónyuges se compensa neutralizándose con el del otro: así es que al adúltero no le es permitido acusar de adulterio; y aun el que, siendo inocente, consigue la condenación del otro, si después incurre en el adulterio, tiene que volverse a unir con su cónyuge, quedando condonada la injuria. Como esto está en la posibilidad, el supuesto contingente no puede servir de base a una determinación absoluta, y si el cónyuge inocente que

se le permitiera pasar a contraer nuevo vínculo incurriera en adulterio, vendría a producirse el conflicto de que, estando casado con uno, tuviera que unirse a otro, que la fuerza del segundo matrimonio dependiera de hechos posteriores del que lo contraía; y como cuanto más lejos se lleve la suposición, mayor vendrá a resultar la involucración de los conceptos, a tal extremo podrían llegar las fuerzas contradictorias de vínculos y disoluciones, que no puede menos de aparecer a todas luces el absurdo.

Al considerar la materia dentro de la legislación civil se hace indispensable verificarlo con bastante extensión, porque las mismas dudas que han existido en el derecho canónico, y que progresivamente se han ido resolviendo, no han podido menos de influir en las disposiciones civiles; de modo que si no se consultan, considerando su conjunto, y en él tomando las unas por antecedentes y premisas de las otras, será muy expuesto a incurrir en contradicciones y en tachar a nuestras leyes de falta de criterio fijo, con verdadera injusticia. Por el contrario, el exacto conocimiento de la materia producirá la satisfacción de que, a pesar de su dificultad, nuestros legisladores han establecido siempre lo justo, si bien relativamente a los diferentes estados sociales de la nación, a las costumbres, a las creencias, que sucesivamente han ido sobreviniendo, pudiéndose comprender todo lo que ha sucedido en la máxima de que, para concordar los derechos, es preciso distinguir las épocas. Esta ligera indicación basta para justificar la necesidad de que nuestro trabajo, para ser filosófico, tenga que ser histórico, y no pueda dejar de ser bastantemente extenso.

Indudablemente, en la ley 2.ª, título 6.°, lib. 3.°, del Fuero Juzgo, se toma el texto de San Mateo en sentido favorable a la disolución del matrimonio por causa de adulterio. Terminantemente dice: «Que ningun ome non lexe su mugier si non por adulterio, nin se parta della por escritura nin por testimonias, nin por otra manera; mas si el marido pudier probar el adulterio a la mulier, el juez la debe meter en su poder que faga della lo que quisiere; e si quisier to-

mar orden, el sacerdote sepa la voluntad damos, e si amos quisieren, ninguno dellos non se pueda casar daqui adelante con otri.» Sigue la ley determinando los efectos del supuesto con referencia a los bienes de ambos cónyuges, y dice después: «Todavia si el marido es tal que yace con los varones o si quisier que faga su muger adulterio con otri non querendo ella, o si lo permitió; porque los cristianos non deben sufrir tal pecado, mandamos que la mulier pueda casar con otro si se quisiere.» Al considerar que la ley, en la parte en que establece «que ningun ome non lexe su mulier», admite la excepción del adulterio, y que después liga la idea, expresando que si el marido incurre en sodomía, o trata de pervertir a su mujer, o lo consiente, puede ella casarse con otro, parece fuera de toda duda que admite los cuatro supuestos como causas de disolución del vínculo, y si del castellano se pasa a examinar el texto latino, el convencimiento de que tal es el espíritu de la disposición legal llega a ser mucho mayor. Es preciso también tomar en cuenta que por la misma ley que estamos examinando, y conforme a las palabras que dejamos copiadas, la mujer adúltera debía ponerse a disposición del marido para que de ella hiciera lo que quisiera, y también que, según las leyes 5.ª y 6.ª del título anterior, los sodomitas debían ser castigados, y sus mujeres adquirirían la facultad de casarse con otros, porque de esto se desprende una consideración muy atendible para concordar estos supuestos. Si el marido podía hacer lo que quisiera de su mujer adúltera, sin restricción alguna, su facultad llegaba hasta a matarla; si mientras vivía no podía casarse con otra, la prohibición podía excitarlo a usar del último término de su facultad, concediéndole, por lo tanto, el derecho de repudiarla, quedando libre, sin necesidad de matarla, para contraer nuevo vínculo; se le excitaba a la piedad, de modo que, en último resultado, el reconocimiento de la disolución del matrimonio por el adulterio, dados los demás supuestos que entonces se reconocían, venía a fundarse en una causa piadosa.

Que la facultad del marido sobre su mujer adúltera lle-

gaba hasta a matarla, según la legislación visigoda, viene a comprobarse en la ley 1.ª, título 7.º, libro 4.º del Fuero Real; 1.ª, título 28, libro 12 de la N., que modifica el concepto, dejándolo, empero, vigente en su esencia. Dice así: «Si la muger casada ficiese adulterio, ella y el adulterador, amos sean en poder del marido, e faga dellos lo que quisiere, e de cuanto han, asi que no pueda matar al uno e dejar al otro.» La ley 2.ª, tratando ya, no del matrimonio, sino de los esponsales, declara: «Que si la muger desposada *derechamente* casare con otro o ficiese adulterio, él y ella con sus bienes sean metidos en poder del esposo, asi que sean sus siervos, mas que non los pueda matar.» La 1.ª, título 21 del Ordenamiento; 2.ª, título 28, libro 12 de la N., concede al esposo que lo fuere por palabras de presente, si a la desposada y al adúltero «fallare en uno, que los pueda matar por ellos si quisiere a amos a dos, asi que non pueda matar al uno e dejar al otro, pudiendolos matar a entrambos. E si los acusare a amos a dos o a cualquiera dellos, que aquel contra quien fuere juzgado que le metan en poder del esposo, que faga dél e de sus bienes lo que quisiere. E que la muger non se pueda escusar de responder a la acusacion del marido o del esposo por decir que quiere probar quel marido o el esposo cometio adulterio.» Esta ley, incluída en el Ordenamiento Real, y después en la Novísima, es la 15 del Ordenamiento de Segovia, y está demostrando la transición de las ideas que empezaron a modificarse con los estudios del derecho que se hicieron para la formación el Código de las Partidas, en el que tanto influjo tuvieron las Decretales, y se nota palpablemente: que en el derecho español se admitía la disolución del vínculo matrimonial por adulterio por razón de piedad, como lo dejamos dicho al tratar del Fuero Juzgo, a manera de correctivo de la pena de muerte que se imponía a la adúltera; que, tan pronto como se admitió la idea canónica contraria, el principio de que por el adulterio no se disolvía el vínculo, fué preciso coartar las facultades concedidas a los maridos ofendidos, y que esto luchaba con las costumbres, y que la lucha producía la fluctuación, que es lo que paten-

temente aparece en estas disposiciones legales. Claramente se ve en todas ellas que, cuando se refieren a esponsales, comprenden el supuesto de esponsales de presente, como entonces se entendían, significando el matrimonio perfectamente celebrado, aunque no consumado, lo que ahora significamos con la fórmula de matrimonio rato.

En la legislación de Partidas nos encontramos en primer lugar con la ley 15, título 17, Partida 7.ª, que impone al adúltero la pena de muerte, y a la adúltera la de ser azotada públicamente y encerrada en un monasterio, de donde, perdonándola el marido, puede sacarla durante dos años, los cuales pasados, o si el marido muere antes de cumplirse este tiempo sin perdonarla, debe tomar el hábito para siempre y vivir entre las demás monjas. Obsérvase en esta ley una modificación muy considerable de todos los anteriores conceptos: indudablemente, resulta en todas las disposiciones legales que, al tratarse del adulterio, se considera de más gravedad el de la mujer que el del hombre, por la sencilla razón, consignada en la ley 1.ª, título 17, Partida 7.ª, de que del de la mujer puede resultar que se den al marido hijos propios que no lo sean. Pues bien: en la ley que estamos considerando se impone mayor pena al adúltero que a la adúltera. Sin detenernos más acerca de este punto, habremos de notar que ya por la legislación de Partidas no se impone a la mujer la pena de muerte ni la de esclavitud, y sí sólo la de azotes vergonzosos y reclusión en un convento; ya, por consiguiente, faltaba para declarar la disolución del vínculo por causa de adulterio la razón de piedad que existía anteriormente. Pero todavía existía la lucha de las ideas, aun no había llegado a fijarse de un modo absolutamente reconocido la interpretación del texto de San Mateo; consiguiente era, por lo tanto, la vacilación entre admitir por completo las doctrinas de las Decretales y respetar lo que en las leyes civiles venía reconociéndose. En la ley 8.ª, título 1.º, Partida 4.ª, al determinar las razones por las cuales pueden disolverse los esponsales, se dice: «La sexta es quando algun dellos hace fornicio, porque se puede partir en casamiento. Ca si el ome

puede dejar su muger faciendo adulterio, mucho mas lo puede facer de non rescebir aquella con quien es desposado cuando tal yerro face.» Parece indudable que en este pasaje de la ley se considera el adulterio causa de disolución del vínculo, pero si tal quiere sostenerse, inmediatamente se encuentra contradicho por la ley 7.ª, título 2.º de la misma Partida, en estos términos: «Ligamento e fortaleza grande ha el casamiento en sí, de manera que, despues que es fecho entre algunos como debe, non se puede desatar que matrimonio non sea; magüer que alguno dellos se faga herege, o judio o moro, o ficiese adulterio.» La ley 16 del mismo título vuelve a hablar en términos, al parecer, favorables a la disolución por adulterio: trata de la impotencia; dice que si es anterior al matrimonio, lo dirime, y añade: «Mas si despues que el casamiento fuese fecho viniese este embargo u otro de enfermedad, o de cualquier manera, non se desfaria el matrimonio por él, fueras ende si ficiese fornicio espiritual o corporal. E espiritual seria si se tornase herege o de otra ley, e corporal si yoviese con otra muger si non con la suya, o ella con otro ome si non con su marido.» Por último, la ley 2.ª, título 10 de la misma Partida 4.ª, explicando la separación por el fornicio espiritual y corporal, viene a determinar que, aunque separados, no puedan casarse, con la particularidad de que, según ella, el que se separa por fornicación espiritual, no puede casarse, ni aun después de viudo, pero sí el que se separa por fornicio corporal, siendo estas sus palabras: «Asi que non puede casar ninguno dellos mientra que vivieren, fueras ende en el departimiento que fuese fecho por razon de adulterio, ca podria casar el que fincase vivo despues que muriese el otro.»

En la legislación de Toro aparece alguna reacción en las ideas que, sin duda alguna, es motivada por la desmoralización, que tanto se había propagado en el reinado anterior, y a la que se quería poner freno. Sin embargo, examinadas las leyes 80, 81 y 82, que son la 3.ª, 4.ª y 5.ª, título 28, libro 12 de la N., se nota que, a pesar de creer aquellos legisladores ser necesario el indicado correctivo,

no se atreven a exceder en rigor a las leyes del Fuero y Ordenamiento Real, y antes, por el contrario, dulcifican algún tanto sus disposiciones, empero ratificando las facultades del marido para matar a su mujer adúltera si la encuentra en fragante delito, y aun la de hacer que se le imponga la pena de muerte por la autoridad pública, como se ve en la 82; de modo que, respecto de la pena, los legisladores de Toro se muestran más rigurosos que los autores de las Partidas. A pesar de haber estado vigentes estas leyes, de haberse repetido su sanción, incluyéndolas primero en la Nueva Recopilación y después en la Novísima, en la práctica su aplicación era arbitraria, y puede decirse que nunca rigurosa, pues difícilmente habrá sucedido que por pública autoridad se haya impuesto a los adúlteros la pena de muerte, pero forzoso es reconocer que en la legislación, en el derecho escrito, prescindiendo del que había ido introduciendo la costumbre, con la muerte se castigaba el adulterio, hasta que por el Código penal y su art. 358 se dijo: «El adulterio será castigado con la pena de prisión menor. Cometen adulterio la mujer casada que yace con varón que no sea su marido y el que yace con ella sabiendo que es casada, aunque después se declare nulo el matrimonio» (1). Esta declaración de lo que debe entenderse por adulterio parece estar tomada de las leyes de las Partidas y de la citada 81 de Toro; sin embargo, es preciso considerar algunos de los supuestos.

En el Fuero Juzgo se equipara, en cuanto al adulterio y sus efectos, el matrimonio con sus esponsales (leyes 2.ª y 3.ª, título 4.º, libro 3.º), si bien en la 2.ª, título 4.º del mismo, a la desposada sólo se la castiga con la pena de esclavitud, lo mismo que al que con ella delinque. En el Fuero Real se marca la diferencia de que la casada adúltera debe ser entregada al marido para que haga de ella lo que quisiere, sin limitación, y respecto de la desposada se declara que no la pueda matar (leyes 1.ª y 2.ª, título 7.º, lib. IV). La del Ordenamiento, 2.º, título 28, concede al esposo, sin hacer

(1) Art. 448 del vigente.

ninguna distinción del marido, la facultad de matar a los adúlteros, si los halla en fragante, debiendo matar a los dos, y no al uno sin el otro. Las leyes 80, 81 y 82 de Toro comprenden siempre en una misma idea a la mujer casada que a la desposada, y en medio de todas estas disposiciones legales aparece la ley 1.ª, título 17, Partida 7.ª, diciendo: «Adulterio es yerro que ome faze a sabiendas, yaziendo con muger casada o desposada.» Ya venimos anotando que el concepto de esponsales a que estas leyes se refieren es el de esponsales de presente, y que éstos, hasta el Concilio de Trento, venían a formar, con muy insignificante diferencia en todos sus efectos, lo que hoy resulta del matrimonio rato, y aun por eso la ley 81 de Toro dice: «Desposada por palabras de presente en haz de nuestra Santa Madre Iglesia.» En este sentido, pues, habla la ley de Partida al dar la definición, y es indispensable acudir a estos antecedentes para poder concordar con ella lo que determina el Código penal. En el artículo que dejamos copiado, al definir quién comete adulterio, usa tan sólo de la palabra casada, omitiendo por completo la idea de esponsales, pero esto, naturalmente, consiste en que en el día, como diferentes veces dejamos repetido, los esponsales sólo se admiten de futuro, que ya no se reconocen los que antiguamente se llamaban de presente, porque ha venido a refundirse el concepto en el de matrimonio rato; y como la mujer que ha verificado esta especie de matrimonio se llama ya casada, en esta palabra se comprenden los mismos conceptos a que antes se referían las leyes, usando las que en ellas se encuentran estampadas. Es también de notar que, según el Código penal, sólo comete adulterio la mujer casada que yace con varón que no sea su marido y el que yace con ella sabiendo que es casada, de modo que el hombre casado que yace con soltera o con casada, sin saber lo que es, no incurre en adulterio y está libre de toda pena, porque en el Código no encuentra disposición alguna que se la imponga, con la cual ha venido a modificarse muy considerablemente toda nuestra antigua legislación, y, lo que es más, a resultar la moderna en abierta oposición con la canónica, en la cual

se parifica absolutamente el adulterio de la mujer al del hombre. Ya hemos indicado que en la ley 1.ª, título 17, Partida 7.ª, se reconoce más grave la injuria que la mujer hace a su marido que la que éste infiere a ella, y la 13, título 9.º, Partida 4.ª, declara que, si bien en el foro eclesiástico se parifican respectivamente el adulterio de la mujer y el del marido, no así en el foro civil o común, pero no podemos comprender cómo ha venido a determinarse que el hombre que falta a la fe conyugal resulte exento de toda pena.

Es preciso también parar algún tanto la atención sobre el concepto en que ha sido considerado el delito de adulterio. Siempre ha sido más bien reconocido como privado que como público, y el examen de nuestra legislación bajo este aspecto nos demostrará esta verdad. En las leyes 3.ª, título 4.º, y 2.ª, título 6.º, libro 3.º del Fuero Juzgo se concede la acción a un cónyuge respecto del otro: si mueren sin ejercerla, a los hijos, y, si no los tienen, a los parientes más próximos. En la ley 3.ª, título 7.º, libro 4.º del Fuero Real se concede la acción pública, si el marido la consiente, y de otra manera no, pues dice así: «Cuando alguna muger casada o desposada ficiere adulterio con otro, todo ome la pueda acusar: e si el marido non la quisiere acusar ni quiere que otro la acuse, ninguno será rescebido por tal acusador en tal fecho como este, ca pues que él quiere perdonar a su muger este pecado, no es derecho que otro gelo acuse, ni gelo demande por mal querencia de otra guisa.» La ley 2.ª, título 17, Partida 7.ª, dice: «Muger casada faciendo adulterio: mientra quel marido la tuviese por su muger, e quel casamiento non fuese partido, non la puede ninguno acusar, si non su marido ó su padre della, ó su hermano ó su tio, hermano de su padre ó de su madre: porque non debe ser denostado el casamiento de tal mujer por acusacion de ome extraño, pues quel marido, e los otros parientes sobre dichos della, quieren sufrir e callar su deshonra: e sobre todos estos el marido ha mayor poder, e debe ser primero recebido á fazer la acusacion de su muger, queriendola él acusar. Pero si el marido fue tan negligente que non la quisiese acusar, e ella fuese tan porfiosa

en la maldad, que se tornase aun á facer el adulterio, estonce la podria acusar el padre, e si el padre non lo quisiese fazer, puedela acusar uno de los otros parientes sobredichos della; mas los otros del pueblo non lo pueden fazer por las razones sobredichas.» Por otra parte, la ley 8.ª, título 2.º, Partida 4.ª, declara que si durante el litigio por adulterio el acusado exige de su cónyuge el debito, débeselo prestar, pero que, una vez el adulterio conocido o declarado, no debe el cónyuge demandante unirse al culpado, a no ser que él haya incurrido en el mismo delito, en cuyo caso no puede acusar al otro: «Ca mucho seria desaguisada cosa del marido quitarse de su muger por pecado de adulterio, si probasen á él que habia fecho ese mismo yerro.» La ley 6.ª, título 9.º, Partida 4.ª, confirma en su primera parte esta misma idea en estos términos: «Adulterio faciendo alguno, si quisiere acusar su mujer, ó á otra cualquier que ficiera otro tal pecado, diciendo contra él que quiere probar que él mismo fizo otro tal yerro: e si lo probare, non debe ser oido el acusador, segun derecho de Santa Iglesia.» La ley 4.ª, título 7.º, libro 4.º, del Fuero Real, dice así: «Si el marido que ficiere adulterio quisiere acusar á su mujer que fizo adulterio, y ella digere ante que diga de sí ó de no que non la puede acusar porque él fizo adulterio, si gelo probase puedalo desechar de la acusacion.» En las leyes de Toro nada se dice directamente acerca de este punto, y en el art. 359 del Código penal se declara que no se impondrá pena por delito de adulterio sino en virtud de querella del marido agraviado. Que éste no podrá deducirla sino contra ambos culpables, si uno y otro viviesen, y nunca si hubiese consentido o perdonado a cualquiera de ellos (1).

De todas estas disposiciones legales que determinan la facultad de acusar se deducen otras ideas que vienen en ratificación de que el adulterio siempre ha sido considerado como delito privado. No sólo se niega la acción pública, sino que se reconoce la compensación. Además de las le-

(1) Art. 449 del vigente.

yes que dejamos citadas, y por las cuales se impide la acción al que es reconvenido por el mismo delito, lo que verdaderamente produce que el adulterio con el adulterio se compensa, se encuentra este concepto ratificado, no sólo en la ley 9.ª, título 17, Partida 7.ª, sino con una distinción y determinación muy notable en la 6.ª, título 10, Partida IV, que dice así: «Aviniendo, que acusase alguno á su muger que fiziera adulterio, de manera que lo provase. segun dice en el título ante deste, e que diesen sentencia de divorcio contra ella; si despues desto fiziese fornicio el marido con otra muger, por tal razon como esta puedelo demandar la muger que torne a ella, e debe la Eglesia apremiar que lo faga; e non se puede escusar que non torne á ella, magüer diga que fueron departidos por juizio de la Santa Eglesia. E esto es porque cayendo en semejable pecado de aquel que fizo su muger, entiendese que renunció la sentencia que era dada por él.» Esto, indudablemente está conforme con el espíritu del derecho canónico, pero aparece completamente contradicho por la ya citada ley del Ordenamiento, recopilada en la Novísima, 2.ª, título 28, libro 12. En ella terminantemente se niega la compensación, a lo menos el poderla alegar la mujer en contra del marido, pues concluye con estas precisas palabras: «Y que la mujer no se pueda excusar de responder a la acusación del marido o del esposo porque diga que quiere probar que el marido o el esposo cometió adulterio.» No han faltado, sin embargo, algunos que han querido concordar ésta con las demás disposiciones legales, acudiendo a una distinción. Por las leyes de Partida y por las del Fuero Real indudablemente se concede a la mujer el derecho de interponer la excepción, evitando con ella el entrar en el juicio como dilatoria, si bien, una vez probada, resultaba resolutoria. Eran necesarios, por consiguiente, dos juicios para que la mujer fuera condenada: primero, el que versaba sobre si el marido podía acusarla; decidido éste en sentido afirmativo, se entraba en el segundo, sobre si la mujer había o no cometido el adulterio que se le imputaba. Sostienen, por lo tanto, algunos que la ley del Ordenamiento lo que hizo única-

mente fué suprimir el primero: declarar que la excepción de compensación debía proponerse en el único juicio, pero que en manera alguna negaba la ley la fuerza de la misma excepción, y que, por consiguiente, probando la mujer el adulterio del marido debía ser declarada libre de toda pena. No podemos menos de reconocer que esta solución, que esta interpretación cabe perfectamente, atendiendo al texto literal de la ley, pero considerando el estado social y legal en que las cosas se encontraban al tiempo de su promulgación, nos inclinamos a creer que no fué esa la idea del legislador, sino la que ya venimos notando de diferenciar en mucho el adulterio respecto de la mujer que respecto del marido. Lo que de buen grado admitimos es que, al recopilarse la ley en la Novísima, se hiciera en el sentido de darle la expresada interpretación. El Código penal hace sobre este supuesto caso omiso, nada dice, pero de su artículo 361 se deduce una distinción que en cierto modo resuelve la duda, y que indudablemente se roza mucho con la cuestión; dice así: «La ejecutoria en causa de divorcio por adulterio surtirá sus efectos plenamente en lo penal cuando fuese absolutoria. Si fuere condenatoria, será necesario nuevo juicio para la imposición de las penas» (1). El juicio sobre adulterio puede entablarse, o como canónico, para conseguir la separación marital, o como meramente penal. En el primer caso debe seguirse ante el Tribunal eclesiástico; en el segundo, ante el fuero común. Si se opta por lo primero, el tribunal decidirá sobre el hecho y sus consecuencias, e indudablemente admitirá la excepción de compensación, porque los Cánones la admiten, mas si se opta por lo segundo, la mujer no podrá oponerla, porque la ley recopilada no la rechaza y el Código no la admite; y he aquí la razón por la cual se hace indispensable, después del juicio canónico, aunque sea condenatorio, otro juicio para la imposición de las penas, que pueden llamarse civiles, pues siendo tan distintos los conceptos bajo los cuales hay que examinar la cuestión en uno y otro foro, no puede admi-

(1) Art. 451 del vigente.

tirse como completamente ejecutoriado lo canónico para lo penal, si bien se reconoce que, si la sentencia del Tribunal eclesiástico es absolutoria, el litigio queda definitivamente concluído. De todo esto se deduce que el marido, acudiendo, con su acusación, al Tribunal eclesiástico, voluntariamente se somete a que la excepción de compensación se admita en el modo y forma que los Cánones establecen, pero que si acude, después del juicio eclesiástico, o sin haberlo celebrado, al fuero común, la excepción, si bien no pueda oponérsele como dilatoria, quepa como perentoria en todo lo que se refiera a imposición de penas, y conforme a la interpretación que ha venido dándosele a la ley del Ordenamiento.

Así como lo determinado acerca de la acusación y compensación viene a combinarse entre sí para demostrar el concepto de delito privado que siempre se ha atribuído al adulterio, al mismo objeto, y del mismo modo, concurre todo lo que se comprende en la idea de condonación. El marido, por la legislación visigoda, por la del Fuero Real, por la del Ordenamiento, por la de Toro y, por consiguiente, por la Recopilada, resultaba ser juez en la causa de adulterio de su mujer, no en cuanto a la determinación del hecho, pero sí en cuanto a la imposión de la pena; así es que sólo se le permitía matarla, ya sea teniendo que matar a los dos, ya sea al uno sin el otro, cuando los encontraba en fragante, y esto por la sencilla razón de que, en tal caso, el hecho se justifica y determina por sí mismo. Pero esta facultad de determinar la pena se negó en las leyes de Partida: por la 13, título 17 de la 7.ª, se le permite matar al adúltero encontrándolo en fragante, mas sólo puede acusar a la mujer para que se le imponga la pena determinada por la 15 del mismo título. La 14 concede al padre de la mujer casada el matarla juntamente con el adúltero, si los halla en fragante, y dice que se establece la diferencia, por que el padre, en razón al cariño natural que tiene a la hija, se incline a la piedad y no mate a ninguno de los dos; de modo que la necesidad de matar al uno y al otro se establece como correctivo de la fácultad de matar al uno solo. La misma ley 14 dice: «Pero si el padre de la

muger matase al que falló yaciendo con su hija, e perdonase a ella; o si el marido matarè a su muger fallandola con otro e al ome que asi lo deshonrase, magüer non guardase todas las cosas que digimos en las leyes ante desta que deben ser guardadas, como quier que erraria faciendo de otra guisa, con todo eso non es guisado que resciba tan gran pena como los otros que fazen homecidio sin razon»; y la ley 6.ª, título 7.º, lib. 4.º, del Fuero Real, terminantemente concede, no sólo al padre, sino al pariente bajo cuya custodia se encuentre la mujer, y hasta sin distinguir si ésta es o no casada, la facultad de matarla si la halla en fragante, pudiendo matar a los dos o a uno solo. Ya hemos visto también cómo por la ley 15, título 17, Partida 7, puede el marido perdonar a su mujer adúltera, aun después de haber sido condenada a la pena que por la misma ley se determina, y aunque con distinto objeto, o, por mejor decir, por diferente medio, cual es el de negar al marido el derecho de acusar, viene a establecerse lo mismo en la ley 6.ª, título 9.º, Partida 4.ª, en estos términos: «Otrosi, quando alguno acusase a su muger que ficiera adulterio e ella digese que queria probar que el mismo le perdonara ya aquel yerro, e que la habia despues recibida por muger, si esto probare non debe el marido ser oido.» En la ley 5.º, título 7.º, lib. 4.º, del Fuero Real, se niega también la facultad de acusar al marido cuando la mujer incurre en adulterio por su consejo o mandato, o si, después que supiere el adulterio, la tiene en su compañía y cohabita con ella; por manera que la condenación no sólo puede ser expresa, sino que en los casos expresados debe tomarse también por condenación tacita y forzosa, puesto que el marido que en ellos incurre pierde la acción de querella y no puede separar de sí a su mujer. El art. 360 del Código penal refunde estas ideas en los siguientes términos: «El marido podrá en cualquier tiempo remitir la pena impuesta a su consorte volviendo a reunirse con ella. En este caso se tendrá también por remitida la pena al adúltero» (1).

(1) Art. 450 del vigente.

De otro extremo tenemos que ocuparnos para concluir, que no puede menos de considerarse muy ligado con la materia. Dejamos, y hasta con repetición, expuesto todo lo referente a las facultades que por las leyes se han concedido al marido, ya de matar a su mujer encontrándola en adulterio, ya de matar al adúltero, ya de poderlos matar a los dos, pero no a uno solo, ya de poder matar al uno sin el otro. Hemos visto también la ley de Partida, por la cual se determina que si los maridos o los padres a quienes se concede la facultad de matar a sus ofensores por adulterio con sus mujeres o hijas no observan todo lo que en las leyes se prescribe como requisitos para concederles la facultad, incurren en pena, pero no en la impuesta al que mata sin razón. También hemos notado que el marido, para librarse de pena, aun dado el caso de que encuentre a su mujer en fragante, por la legislación Recopilada debe matar a los dos, es decir, que matando a los dos, cuando los encuentra en fragante, está libre de toda pena. Con estos antecedentes llegamos al Código penal, y en él nos encontramos con su artículo 348, que dice: «El marido que, sorprendiendo en adulterio a su mujer, matase en el acto a ésta o al adúltero, o les causare alguna de las lesiones graves, será castigado con la pena de destierro. Si les causare lesiones de otra clase, quedará exento de pena. Estas reglas son aplicables, en iguales circunstancias, a los padres respecto de sus hijas menores de veintitrés años y sus corruptores, mientras aquéllas vivieren en la casa paterna. El beneficio de este artículo no aprovecha a los que hubieren promovido o facilitado la prostitución de sus mujeres o hijas» (1). Por el literal y gramatical contexto de este artículo hay que deducir que la pena en él determinada sólo puede oponerse a los maridos y padres, en sus respectivos casos, cuando matan a uno de los dos, puesto que se usa de la partícula disyuntiva a ésta o al adúltero, pero que si matan a los dos cumplen con los requisitos exigidos para quedar libres de toda pena, según nuestra general legislación. En ella estaba reconocido este

(1) Art. 438 del vigente.

supuesto: estaba también determinada la pena en que, por regla general, y según las diferentes circunstancias, incurría el homicida voluntario: faltaba que determinar la que debía imponerse al marido y al padre, no cuando mataba al adúltero y a la adúltera, porque este hecho estaba exento de responsabilidad criminal, sino cuando mataba al uno y no al otro; esta falta es la que ha venido a cubrir el artículo del Código que estamos examinando. Lo que la ley de Partida ordenaba respecto de que el marido o el padre que no procedieran, al matar a los adúlteros, cubriendo todos los requisitos que exigían las leyes, declarando que merecían pena, pero no la que se imponía al que mataba sin razón, estaba indeterminado: no había ley que fijara qué pena merecía el que matara a uno y no al otro; el Código ha establecido para este caso la de destierro. Nada dice del caso en que el ofendido mate a los dos: omite por completo la consideración de este hecho, no le impone pena: sólo las acciones u omisiones voluntarias penadas por la ley son delitos; el marido, por consiguiente, que, encontrando a su mujer en adulterio, mate en el acto a los dos, no es delincuente.

Resulta, pues, del examen de nuestra legislación que mientras por ella el adulterio de la mujer estuvo penado con la muerte y a voluntad del marido, el texto de San Mateo se interpretaba en sentido favorable a la disolución del vínculo, existiendo para ello una razón de piedad, la que ya hemos expuesto al considerar especialmente la legislación visigoda: la de que el marido no tuviera que acudir al extremo del uso de sus facultades para quedar en libertad de contraer otro matrimonio. Que, en racional consecuencia de estos mismos supuestos, en el Código de las Partidas, al limitarse la pena de la mujer adúltera, aboliendo la de muerte, pudo, sin inconveniente, reconocerse el sentido que el derecho canónico daba al mismo texto de San Mateo, declarándose que por el adulterio no se disolvía el vínculo; que en la legislación coetánea a las mismas Partidas, y aun en la posterior, se nota la lucha de los dos conceptos, la indecisión, la vacilación, que no podía menos de ir decidiendo, a falta de derecho escrito, el derecho con-

suetudinario; que éste fué inclinándose hasta llegar a determinarse por completo en favor de las prescripciones canónicas y de las leyes de Partida, tanto respecto de no imponer a la adúltera la pena de muerte cuanto a la de no admitir el adulterio como causa de disolución del vínculo; que la determinación del Concilio de Trento vino a confirmar y ratificar estos mismos conceptos; que de todo esto lógicamente se deducía que la facultad del marido, respecto de la imposición de la pena, no se extendiera ya a determinar cuál debía de ser, sino a poder optar entre que su mujer adúltera sufriera la que por pública autoridad se le imponía, o perdonarla, y, por último, que el Código penal, fijando en determinados límites todos estos supuestos, aboliendo la pena de muerte contra los adúlteros, y, por consiguiente, quitando la causa piadosa por la cual se concedía al marido la facultad de repudiar a la adúltera, quedando disuelto el vínculo, ha concordado, por decirlo así, todos los supuestos legales, y siendo uno de ellos, por estar terminantemente admitido en nuestra legislación patria, el Concilio de Trento, el de que por adulterio no quede disuelto el vínculo, ni aun a favor del cónyuge inocente, aparece a todas luces justificada nuestra proposición respecto de este punto, y debe tomarse como una verdad inconcusa de actualidad lo determinado por la ley 7.ª, título 2.º, Partida 4.ª, que dice: «Ligamiento e fortaleza tan grande ha el casamiento en si, de manera que despues que es fecho entre algunos como debe, non se puede desatar que matrimonio non sea; magüer que alguno dellos se faga herege, o judio, o moro, o ficiese adulterio.»

No se disuelve el vínculo, según el mismo texto con que hemos concluído el párrafo anterior, por la apostasía, mas como esta proposición se roza con todo lo que se refiere a la unión de los cristianos con los que no lo sean, es preciso, al entrar a demostrarla, considerar una que se presenta a manera de distinción, y que consiste en que el matrimonio puede haber sido contraído entre infieles y después uno de los cónyuges convertirse a la fe, y, por el contrario, puede haber sido contraído siendo los dos cristia-

nos y después incurrir uno de ellos en apostasía. Como los supuestos son tan enteramente distintos, sus creencias no pueden menos de diferenciarse, y para determinarlas, será preciso proceder en el examen de la materia sin perder nunca de vista los dos distintos conceptos. Pero ante todo creemos oportuno fijar el significado de algunas frases y voces cuya vaguedad podía producir confusión. En los textos del derecho canónico, con la fórmula *spiritualiter fornicare*, se significa la apostasía. En el mismo sentido se usa en las leyes de Partida la traducción, que puede llamarse literal, como se ve, entre otras, en la 2.ª, título 10 de la 4.ª, que dice así: «Eso mismo seria del que ficiese fornicio espiritualmente, tornandose hereje, o moro, o judio.» De aquí resulta que lo que comúnmente se entiende por apostasía, según el lenguaje usual, y hasta científico, en las leyes de Partida, se llama, como queda dicho, fornicio espiritual, y según la 5.ª, título 25 de la 7.ª, la apostasía consiste en haber renegado de la fe católica y después volverse a ella, puesto que dice así: «Apostata en latin, tanto quiere dezir en romance como cristiano que se torno judio, o moro, e despues se arrepiente e se torna a la ley de los cristianos.» Hereje, según la ley 1.ª, título 3.º, lib. XII N. R., es «todo aquel que es cristiano bautizado y no cree los artículos de santa fé catolica o alguno dellos».

En el capítulo 1.º, cuestión 1.ª, causa 28, se sienta la siguiente proposición: «Son bígamos los que antes del bautismo tuvieron una, y después del bautismo otra; y para probarla, se acude a considerar que los que a Jesucristo preguntaron si el hombre podía repudiar a su mujer eran judíos, y Jesucristo les contestó: Lo que Dios juntó, no lo separe el hombre. Si, pues, Jesucristo consideró unidos por Dios a los que no estaban bautizados, consiguientemente es que, estando unidos y no pudiendo ser separados por los hombres, ni aun después del bautismo, pueda el cristiano considerarse en libertad para unirse a otro cónyuge.» El capítulo 2.º declara que el que se convierte a la fe puede, después del bautismo, recibir o no la mujer que antes del bautismo hubiere repudiado. Esto también aclara

el concepto anterior. Si el judío se convierte al cristianismo, estando ligado en matrimonio por el rito judaico, debe permanecer en el estado en que se encuentre; si repudia, por consiguiente, su mujer, toma otra, es bígamo, pero si al convertirse al cristianismo se encuentra libre, porque, conforme a su antigua ley, lo estaba por haber repudiado su mujer, con igual libertad debe ser admitido en la comunión cristiana. Sin embargo, no podrá casarse sin incurrir en bigamia, de modo que su libertad estará reducida a renunciar al matrimonio o a unirse con la que repudió. En los capítulos 8.° y 9.° se explican los conceptos de cómo se supone existente el matrimonio entre infieles, porque los cristianos pueden repudiar a sus cónyuges infieles. y se viene a sentar la proposición de que el cristiano puede separarse del infiel, pero no despacharlo. Todo esto se comprende y se deduce de lo expresado por San Pablo en los versículos desde el 12 al 17 del capítulo 7.° de su primera Epístola a los Corintios. En los anteriores, expresando qué es precepto divino, dice que el marido no debe separarse de su mujer ni la mujer de su marido, y a continuación añade: «Pero a los demás digo yo, no el Señor: si algún hermano tiene mujer infiel y ella consiente morar con él, no la deje, y si una mujer fiel tiene marido infiel y él consiente morar con ella, no deje al marido, porque el marido infiel es santificado por la mujer fiel, y santificada es la mujer infiel por el marido fiel: porque si no, vuestros hijos no serían limpios, mas ahora son santos. Y si el infiel se separare, sepárese, porque el hermano o la hermana no está sujeto a servidumbre en tales cosas; mas Dios nos ha llamado en paz. Porque ¿dónde sabes tú, mujer, si salvarás al marido? ¿Dónde sabes tú, marido, si salvarás a la mujer? No debe, por lo tanto, el cristiano rechazar, separar, despachar de sí a su mujer infiel: antes al contrario, debe procurar tenerla en su compañía, para ver de conseguir su conversión; pero si el infiel, por su parte, quiere inducir a la infidelidad al cristiano, o no quiere vivir con él, en una palabra, si en él consiste la separación, el cristiano no debe seguirlo: si el infiel se separare, sepárese *infidelis si discedit*

discedat»; y en esto mismo se encuentran fundados los preceptos comprendidos en los capítulos 3.°, 4.°, 5.°, 6.° y 7.°

Han opinado algunos, por el contrario, que nada de lo anterior al bautismo obliga, y de esto han deducido la proposición que se comprende en el capítulo 1.° de la cuestión 3.ª, en el cual terminantemente se dice que no es bígamo el que antes del bautismo tuvo una y después del bautismo tuvo otra. Otros, tomando un término medio respecto de los efectos del bautismo, dicen que absuelve todo pecado, pero que no disuelve todos los vínculos, y buscando también términos medios para la consecuencia, deducen, capítulo 1.°, cuestión 2.ª, que el que estuvo unido antes del bautismo, con una mujer virgen, viviendo ella, no puede casarse con otra, ni aun después del bautismo. En el capítulo 2.° de la misma cuestión se dice que es lícito al cristiano tomar por mujer la que el infiel repudió por odio a la fe cristiana. Concuerdan estas ideas con las anteriores acudiendo al texto de San Pablo y a la distinción de que una cosa es echar de sí al que quiere cohabitar y otra no seguir al que quiere irse: dicen que es lícito algunas veces separar de sí a la mujer que quiere cohabitar, pero que no puede casarse con otro mientras el separado viva; que al que quiere separarse no se le debe seguir, y el que abraza la fe cristiana puede casarse, aun viviendo el que de ella se va. Mas todo esto supone que los dos estén unidos fuera de la Iglesia, y la separación sobrevenga o tome causa de que uno de los dos quiera convertirse a la fe, porque si los dos se convierten, o, siendo los dos cristianos, se separa uno de la fe, el otro no debe seguirle, pero tampoco puede casarse mientras el disidente viva.

En todos estos textos, de que puede llamarse antiguo derecho canónico, se nota el gran trabajo que los Santos Padres tuvieron que emplear para decidir los efectos de la transición de la antigua a la nueva ley. Ya en las Decretales se encuentra más determinación en los conceptos, y la razón es muy sencilla: los puntos estaban más ilustrados; los efectos de la transición se habían ya verificado; no existía la lucha que producía el tener, en parte, que recono-

cer por válido lo que por la modificación resultaba ilícito, porque ya los dos conceptos, en lo práctico, en lo material, habían llegado a distinguirse por completo. En el capítulo 2.º, título 19, libro 4.º, Decret. Greg., se dice ya, de un modo claro y terminante: Los cónyuges no pueden separarse por el crimen de uno de ellos, a no ser cuando uno trata de inducir al otro a la fornicación espiritual. Por el capítulo 6.º se determina que si la mujer, por su propia autoridad, se separa del varón que ha caído en apostasía, debe ser compelida a unirse a él, si vuelve a la fe, pero que si la separación ha sido decretada por juicio de la Iglesia, aunque no podrá casarse con otro, tampoco estará obligada a unirse a su marido converso. El capítulo 7.º declara que el vínculo conyugal no se disuelve porque uno de los cónyuges, siendo los dos cristianos, reniegue de la fe, pero si los dos son infieles, y el uno se convierte a la fe, podrán seguir unidos, a no ser que el infiel rechace la unión o quiera seguir en ella, blasfemando contra la religión en ofensa del otro, en cuyo caso el convertido debe separarse y hasta puede contraer otro matrimonio. Por fin, en el capítulo 8.º se llevan los conceptos a las últimas modificaciones: en él se declara que los paganos, unidos formalmente conforme a su derecho, pero existiendo entre ellos impedimento, por parentesco, de los que han establecido los Cánones, si se convierten a la fe, no deben ser separados; que si el pagano tiene varias mujeres, después de convertido a la fe, debe unirse a la primera, dejando a las demás, y que si ha repudiado una mujer y se ha unido con otra después del bautismo, debe dejar la segunda y tomar la primera, aunque la repudiada haya contraído con otro, pero no si ha fornicado, es decir, aunque se encuentre desposada, pero no si ha consumado el matrimonio. En todo esto, por supuesto, se sobrentiende la idea de que la mujer consienta o se haga cristiana, porque, de lo contrario, siempre se incurrirá en el texto del Apóstol: «El que quiera separarse, que se separe.»

Otros muchos textos canónicos podríamos citar en corroboración de las mismas ideas, pero todos y todas vie-

nen a refundirse en la que aparece culminante y sostenida por todos los citados, la cual, en último término, se reduce a respetar las uniones legítimas de los que no sean cristianos, cuando alguno de ellos se convierte al cristianismo, mientras el que permanece infiel consienta en la conversión del otro, sin procurar separarlo de ella y sin inferirle agravio que ofenda su buen propósito; que si lo contrario sucede, el convertido pueda separarse del infiel, quedando enteramente libre, hasta poder contraer matrimonio canónico y sagrado, en cuyo caso, si se reconoce la disolución del vínculo, es precisamente por la sencillísima razón de que el vínculo sacramental no existe, pues no puede concederse tal carácter a la unión de los infieles. Esto respecto a los matrimonios, si así pueden llamarse, comprendidos en el primer concepto, es decir, que resulten contraídos entre infieles, de los cuales uno de ellos se convierta al cristianismo. Por lo que respecta a los que se comprenden en el segundo supuesto, si uno de los dos cónyuges, que lo sean verdaderamente porque canónicamente se hayan casado siendo ambos cristianos, incurre en apostasía, el otro deberá permanecer en la unión mientras pueda hacerlo sin peligro de su fe, sin daño de su conciencia, procurando sacar al pervertido de su error y traerlo a la verdadera ley, mas si esto no es posible, deberá separarse de él, pero siempre existiendo el vínculo sagrado, y sin poder, por consiguiente, pasar a contraer otro; también la razón de esto aparece con toda sencillez clara y terminante: si el pervertido, si el apóstata, llega a reconocer su error y vuelve al seno de la Iglesia, purgado con la penitencia el pecado, resulta como si no hubiera existido, y si el cónyuge que permanece fiel hubiera pasado a segundas nupcias, resultaría la bigamia simultánea entre cristianos. La caridad exige, ordena, que nunca se pierda la esperanza de que el pecador pueda convertirse: mientras esto pueda esperarse, hay necesidad de admitir un supuesto contingente, y, dada la contingencia, no es posible admitir un supuesto contrario absoluto, cual sería preciso reconocer para deducir la disolución del vínculo, que indudablemen-

te supone lo absoluto. Resulta, pues, demostrado, por razón de autoridad, que la unión de los infieles, si se disuelve por la conversión a la fe, es precisamente porque no es unión sacramental, y que el verdadero y sacramental matrimonio no puede disolverse por la apostasía ni de uno ni de los dos cónyuges, lo que se ve confirmado por el canon 5.°, sesión 24, del Concilio de Trento.

Nuestro derecho patrio aparece en exacta conformidad con las doctrinas canónicas: es preciso, sin embargo, parar la consideración en algunas especiales circunstancias, que naturalmente han producido cierta aparente confusión, que desaparece tan pronto como a la luz de la meditación se presenta la verdad. En la primitiva legislación visigoda, formada mientras en España existía la mezcla del paganismo con el catolicismo y de éste con el arrianismo, era muy difícil determinar civilmente los efectos de las uniones maritales que entonces se verificaban; por eso se nota acerca de este punto la necesaria indeterminación. Desde la conversión de Recaredo, y desde que el espíritu teocrático, por medio de los Concilios de Toledo, empezó a influir tan directamente en la legislación civil, aparece un supuesto que no podía menos de producir considerables efectos en la materia, cual es el de las gravísimas penas impuestas a los que abjuraban de la Religión cristiana. La ley 17, título 2.°, libro 12 del Fuero Juzgo, imponía la de muerte al cristiano que se hacía judío: era entonces esta la única apostasía que se conceptuaba posible, mas, corriendo el tiempo, y habiendo ya sucedido la invasión de los árabes, vemos en la legislación alfonsina que por las leyes 1.ª y 2.ª, título 1.°, libro 4.° del Fuero Real, y 7.ª, título 24; 4.ª, título 25, y 2.ª, título 26 de la Partida 7.ª, a los cristianos que incurrían en herejía, y a los que se hacían judíos o moros, se les imponía también la misma pena de muerte. Las leyes recopiladas en los títulos 1.°, 2.° y 3.° del libro 12 de la Novísima reflejan las expulsiones de los judíos y morisma, manifiestan la existencia del Santo Oficio y tratan de concordar la legislación civil con la que aquel especial tribunal reconocía y aplicaba; resultaba, por lo tanto, que contra la

herejía y la apostasía estaba fulminada la pena capital, y que al mismo tiempo se reconocía que entre infieles no podía contraerse matrimonio; de aquí una deducción muy lógica y natural: en primer lugar, no había que acudir a suponer disolución del vínculo cuando la idea se refería al contraído por los infieles, porque no se reconocía existente, y en segundo lugar, como el apóstata, o el que incurría en herejía, debía sufrir la pena de muerte, la cuestión no se reducía ya a la disolución o permanencia del vínculo, sino a la justificación del hecho. Si la herejía o la apostasía se justificaba, como que el hereje o el apóstata sufría la pena de muerte, su cónyuge quedando viudo, sin acudir al supuesto de disolución, quedaba absolutamente libre; si no se justificaba, no se reconocía, se negaba el supuesto, y, una vez negado, no podía admitirse la causa de disolución.

A pesar de esta sencilla teoría, no podemos prescindir de ocuparnos especialmente de la legislación de las Partidas, porque en ella, no obstante el encontrarse establecida la pena de muerte contra los herejes y apóstatas, se trata latamente de la herejía y apostasía como causa de invalidación de la unión marital. En todas sus disposiciones resalta el espíritu canónico, especialmente el de las Decretales. La ley 8.ª, título 9.º, Partida 4.ª, dice así: «Otrosi, non puede acusar de adulterio a su muger el que se tornase hereje, o moro, o judio, e esto es porque fizo adulterio spiritualmente. E por ende, pues que pueden desechar de la acusacion al que fizo adulterio carnalmente, mucho mas lo pueden fazer al que lo fizo spiritualmente, mudando su creencia e porfiando en su maldad. E en otra manera non pueden acusar á la muger de adulterio, e esto seria como si algun judio estoviese casado con su muger e se partiese della, segun manda la ley de los judios, dandole libello de repudio. E despues desto se tornase el cristiano, e casase ella con otro judio, si acaesciese que ella, seyendo ya casada con el segundo marido, se quisiese tornar cristiana e demandare por marido a aquel con quien fue casada primero, que se tornó cristiano, ante que se casase con otra,

puedelo fazer, e el debela recibir e non la puede acusar de adulterio nin la puede desechar por tal razon que la non reciba.» La 2.ª, título 10 de la misma Partida, después de explicar que el matrimonio puede departirse por profesión religiosa y por adulterio, dice: «Eso mismo seria del que fiziese fornicio spiritualmente, tornandose hereje, o moro, o judio, si non quisiese fazer enmienda de su maldad. E la razon por quel departimiento que es fecho sobre algunas destas dos cosas: de religion e fornicio, es propiamente llamado divorcio, mas que el departimiento que se faze por razon de otros embargos es porque magüer departe los que estovieren casados, segun dice en esta ley e en la de ante della, siempre tiene el matrimonio, asi que non puede ninguno dellos mientras que bivieren; fueras ende en el departimiento que fuese fecho por razon de adulterio, ca podria casar el que fincare bivo, despues que muriese el otro.» Por último, la ley 3.ª de dicho título y Partida, dice: «Si algunos que fuesen moros o judios, seyendo ya casados, según su ley, se fiziese alguno dellos cristiano, e el otro queriendo fincar en su ley non quisiese morar con el, o si quisiese morar con el denostase antel muchas veces a Dios e a nuestra fé, o se trabase con el cada dia que dexasse la fé de los cristianos, e se tornase a aquella que avia dejado. Ca por qualquier destas tres razones, el cristiano o la cristiana puedese partir del otro, non demandando licencia a ninguno: e puede casar con otro, o con otra, si quisiere. Pero ante desto que se parta della, deve llamar a omes buenos e fazer afrentas dello, mostrandoles aquel embargo por que se quiere partir della. E sera menester que aquellos que llamare para esto, que lo oyan ellos dezir, e que sean ende ciertos, por que lo pueda despues provar con ellos, si menester fuere.»

La conformidad de todas estas disposiciones con las Decretales, según ya dejamos indicado, es tan manifiesta, que creemos excusado hacer sobre ellas ningún trabajo analítico, ni aun detenernos en su explicación, que nunca daría mayor luz que la que de los mismos textos se desprende. Sin embargo, es preciso notar una especial circunstancia:

ya dejamos consignado que, por la misma legislación de Partida, a los herejes y apóstatas debía imponérseles la pena capital, y también hemos dicho que, esto supuesto, inútil era tratar de que, por causa de herejía o apostasía, debiera producir, ni la disolución del vínculo, ni la separación de los cónyuges. Vemos, no obstante, incurrir a la legislación de Partida en este contrasentido, que sólo puede salvarse reparando en que por la ley 2.ª, título 10, Partida 4.ª, cuyo texto literalmente dejamos copiado, se declara que por la profesión religiosa, por el adulterio y por el fornicio espiritual se produce el divorcio, no en cuanto al vínculo, sino en cuanto a la mutua cohabitación, y determinando la notable diferencia, que consiste en que, cuando los cónyuges se separan por adulterio, puede casarse el uno después de la muerte del otro, y cuando se separan por profesión o fornicio espiritual, ni aun después de muerto el uno puede el otro pasar a contraer segundo matrimonio. Si, pues, los efectos de la apostasía y herejía se prolongaban más allá de la muerte, nada tiene de contradictorio ni de anómalo lo que de otro modo aparecería, hasta cierto punto, tachable de estos vicios. Pero lo que resulta de más interesante acerca de la legislación de las Partidas es que ha venido a resultar aplicable exclusivamente desde el momento en que ha quedado abolida la pena de muerte contra los apóstatas. Ya las costumbres se habían adelantado en este punto a lo que las leyes determinaban, ya hace mucho tiempo que no se hubiera podido ver sin horror la imposición de la pena de muerte por ideas religiosas; los autores del Código penal no pudieron menos de considerar estas costumbres, y en el art. 333 dijeron: «El español que apostatare públicamente de la Religión católica-apostólica-romana será castigado con la pena de extrañamiento perpetuo. Esta pena cesará desde el momento en que vuelva al gremio de la Iglesia» (1). Abolida, por lo tanto, la pena de muerte, reconociéndose de este modo que, a pesar de la herejía y apostasía, el hereje y apóstata no debe morir, es preciso determi-

(1) El Código actual no establece penalidad.

nar los efectos que en lo civil, y referente a la unión marital, han de producir esos crímenes: determinado se encuentra en las leyes de las Partidas, conforme a las mismas prescripciones del derecho canónico, y todo ello puede reducirse a la prescripción sintética que venimos sosteniendo: ni por la herejía ni por la apostasía se disuelve el vínculo sacramental, si bien deben ser causa de la separación de los cónyuges cuando se supone que en lo corporal o espiritual peligra el inocente.

Ya hemos visto cómo por la profesión religiosa se disuelve, se dirime el vínculo del matrimonio rato, y ya hemos dicho que la razón consiste precisamente en la consideración de que, mientras no se realice la consumación, no puede tomarse el matrimonio en el absoluto concepto de que los cónyuges vengan a constituir una sola carne; he aquí, por consiguiente, el fundamental raciocinio de la proposición cuyo examen ha de ser objeto de este capítulo. Ni por los votos de castidad, ni por la profesión religiosa, ni por las órdenes sagradas, se disuelve el vínculo del matrimonio que ha sido consumado.

En la causa 33, cuestión 5.ª, encontramos todo lo concerniente a los votos de castidad hechos por los cónyuges para poder determinar sus efectos, y en el capítulo 1.º se sienta el principio de que el marido no puede guardar castidad si no lo consiente su mujer. Esto está en perfecta armonía con todos los textos sagrados, y por creer excusado mayor explanación acerca de este punto, citaremos únicamente el capítulo 7.º de la Epístola 1.ª de San Pablo a los Corintios, versículo 4.º, que dice así: «La mujer no tiene potestad sobre su propio cuerpo, sino el marido. Y asi mismo el marido no tiene potestad sobre su propio cuerpo, sino la mujer.» El consentimiento ha de ser perfecto, y así es que en el capítulo 2.º se declara que no debe exigirse por violencia, y que no debe reputarse eficaz el que se presta por miedo o temor de la muerte u otro semejante. Como consecuencia de esto, en el capítulo 3.º se declara que el marido puede anular el voto de castidad que sin su consentimiento haya hecho su mujer, pero que también puede

ratificarlo o consentirlo, de modo que el consentimiento no es preciso que sea anterior al voto, sino que basta que sea posterior, aunque, bien considerado el concepto, siempre tendrá que resultar que sea simultáneo de los dos cónyuges, porque como el voto de cualquiera de ellos es ineficaz hasta que el otro consienta, sólo podrá causar efecto si, al tiempo del consentimiento, el otro se mantiene en la misma voluntad, y por eso viene a determinarse en el capítulo 6.° que el marido no puede hacer voto de castidad sin que en ello consienta la mujer. En el capítulo 4.° se declara que no puede el marido rescindir el voto de castidad que con su consentimiento haya hecho la mujer, y en el capítulo 10, que no es lícito al cónyuge que haya prestado su consentimiento para que el otro haga voto de castidad contraer matrimonio, y he aquí cómo viene a determinarse la proposición que dejamos sentada respecto de que por los votos de castidad no se disuelve el matrimonio en cuanto al vínculo, puesto que ni aun el cónyuge que no la ha hecho puede considerarse libre, y sí, por el contrario, queda ligado con imposibilidad de contraer nuevo vínculo. En el capítulo 11, se explica una exquisita modificación de los conceptos ya expresados, que consiste en diferenciar al voto de la promesa de hacerlo, y declara que si la mujer prometió voto de castidad con permiso de su marido, y antes de hacer verdaderamente el voto el marido le contradice el permiso concedido, no está obligada a cumplir su promesa.

En las Decretales se determinaron más las formas externas respecto de las promesas y votos de castidad. Ya hemos visto, al ocuparnos del voto como impedimento dirimente, que sólo puede tenerse por tal el que se hace profesando en religión aprobada; no podía menos de estar en consonancia con esto lo que se decretara respecto del efecto que habían de producir en el matrimonio los votos de castidad de los cónyuges. En el título 33 del libro 3.° se encuentra lo suficiente para la fijación de lo concerniente a este punto. Declara el capítulo 1.° que si el marido, suponiendo licencia de la mujer profesa, pero sin que ella haya

hecho voto de castidad ni entrado en religión, tiene que volver a unirse con su mujer, el obispo debe compelerlo a ello. En el capítulo 3.º se explica más el concepto: se supone que el marido que haya profesado sin el consentimiento de la mujer haya sido restituído a la vida marital, y declara que, después de viudo, no podrá ser compelido a volver al monasterio, pero tampoco podrá volver a casarse, es decir, que se declara rescindida la profesión en cuanto perjudica los derechos de la mujer, pero, una vez éstos salvados, es válida y eficaz la promesa hecha a Dios de guardar castidad, lo que técnicamente se significa con la fórmula de perder el desarrollo activo, y no el pasivo, al débito conyugal. En el capítulo 4.º se fija con toda precisión lo respectivo a la manera de prestar ambos cónyuges su consentimiento para la profesión religiosa, declarándose que el casado no puede entrar en religión a no ser que también entre la mujer o prometa castidad, sin que pueda caber sospecha de que falte a su promesa. Era necesario establecer una forma externa de expresión del consentimiento, porque mientras esto no se determinara, no podía menos de ser frecuente la disputa sobre el hecho que había de servir de fundamento para decidir su derecho; era preciso que no se pudiera dudar acerca de la prestación del consentimiento, y para remover todo duda, se exigió, y se exige, que sólo se considerara perfecto el consentimiento cuando cada uno de los cónyuges entrara en religión e hiciera, por consiguiente, solemne voto de castidad. Una sola excepción se admite, y es la de que, por parte de la mujer, baste la promesa de castidad, sin entrar en religión, cuando, por las especiales circunstancias en que se encuentre constituída, exista fundamento suficiente para admitir que no ha de faltar a ella. La existencia de esas indicadas circunstancias queda a la decisión del obispo, y, según al tratar de la legislación de Partidas veremos, la atendible con preferencia es la de edad.

Es, por lo tanto, indispensable, para que la profesión religiosa sea eficaz, que los dos cónyuges consientan en ella con perfecto consentimiento, de modo que, según el capí-

tulo 12, si uno de los dos, ignorándolo el otro, profesa, y por reclamación del ignorante sale del monasterio, ni aun después de viudo puede ser obligado a volver a él, porque habiendo llegado a formar, por medio de la cópula, una sola entidad, un sólo cuerpo, todo aquello en que no concurran las dos voluntades para constituir una sola no puede reputarse perfecto ni tenerse por eficaz. El consentimiento, sin embargo, puede ser tácito, y así terminamente se expresa en el capítulo 10, declarando que el que ha profesado en religión, sabiéndolo su mujer y no contradiciéndolo, si bien puede ser reclamado por ella mientras viva, después de muerto no puede volver al siglo, pero en esta misma disposición se nota que es necesaria la aquiescencia de la mujer durante toda su vida para que se suponga el consentimiento.

Lo hasta aquí expuesto puede considerarse como fundamental en la materia, pero no creemos poder prescindir de algunas otras disposiciones comprendidas en el mismo título, si bien sean referentes a lo que ya puede considerarse modificaciones en los supuestos. Por el capítulo 9.º se establece que el casado que profesa con consentimiento de su mujer sin que ella entre en monasterio, si después vuelve al matrimonio por requerimiento de la mujer, queda viudo y vuelve a casarse, este segundo matrimonio es nulo y él debe ser obligado a volver al monasterio. Pero es preciso notar que para esto se considera que el consentimiento de la mujer no fuera completamente perfecto, sino prestado por alguna causa que le indujera, menoscabando la espontaneidad de su voluntad, como sucedería, por ejemplo, en el caso de encontrarse el marido aquejado de alguna enfermedad que se supusiera mortal y el consentimiento de su mujer tuviera el carácter de suplicatorio. Lo que verdaderamente, por lo tanto, se desprende es, de este precepto y su aplicación, que si el consentimiento no ha sido perfecto, no es eficaz contra el que lo ha prestado, pero que si el voto ha sido solemne y hecho con la debida deliberación, destruye el derecho activo, y, por consiguiente, dirime el segundo matrimonio; y asimismo se confirma

en el capítulo 11, por el cual se declara que el cónyuge que ha hecho voto de castidad tiene que prestar el débito cuando el otro se lo exija, aunque haya consentido, viniendo a explicarse el concepto con las mismas consideraciones. En los 17 y 18 se ratifican los conceptos de que el consentimiento prestado por el miedo no es eficaz, y de que basta tan sólo que la mujer prometa vivir honestamente y cumpla su promesa, sin necesidad de que entre ella en monasterio. Los 15 y 16 determinan también otra modificación: declara el 15 que la mujer adúltera no puede reclamar a su marido que ha profesado en religión, aunque haya prestado su consentimiento, y el 16 que, aunque haya consentido en la profesión, siendo inducida por engaño, tampoco pueda reclamarlo si vive deshonestamente. Por último, en los 5.° y 6.° se declara que el hombre casado no puede recibir las órdenes sagradas a no ser que su mujer haga voto de castidad, y que, para ser elevado al orden episcopal, es preciso, no sólo que la mujer haga voto de castidad, sino que profese en religión.

En nuestra legislación, toda esta doctrina se encuentra refundida en la ley, repetidas veces citada, 2.ª, título 10, Partida 4.ª, sobre la cual no podemos menos de llamar especialmente la atención, porque es, por decirlo así, la recapitulación de todo lo concerniente al divorcio por adulterio, por apostasía y por profesión religiosa. Refiriéndose a los cónyuges, dice: «Si alguno dellos, despues que fuesen ayuntados carnalmente, le viniese en voluntad entrar en orden, e gelo otorgase el otro, prometiendo el que fincaba al siglo de guardar castidad seyendo tan viejo que non pueden sospechar contra él que fara pecado de fornicio entrando el otro en la orden. Desta manera se faze el departímiento para ser llamado propiamente divorcio. Pero debe ser fecho por mandado del obispo ó de alguno de los otros prelados de Santa Eglesia que han poder de lo mandar.» Sigue la ley hablando del fornicio spiritual y corporal, según ya lo dejamos notado en sus dos capítulos anteriores, y a continuación dice: «E la razon por quel departimiento que es fecho sobre alguna destas dos cosas de religion e forni-

cio es propiamente llamado divorcio, mas que el departimiento que se face por razon destos embargos, es porque, magüer departe los que estovieren casados según dice en esta ley y en la ante della, siempre tiene el matrimonio; asi que non puede casar ninguno mientras que vivieren; fueros ende en el departimiento que fuese fecho por razon de adulterio, ca podria casar el que fincase vivo despues que muriese el otro.»

La diferencia a que se refiere la ley por medio de las palabras otros embargos, o mejor, la idea que en estas palabras se comprende, es la de existencia de impedimentos dirimentes que hagan imposible el matrimonio, de modo que, tan pronto como sean conocidos, deban ser separados los supuestos cónyuges, no por que el vínculo se disuelva, sino porque no existe, y no puede, por lo tanto, servir de lazo ó impedimento para otro vínculo. Por eso marca la diferencia y explica el significado de la voz divorcio diciendo que representa precisamente la idea de separación de los cónyuges, sin que se disuelva el matrimonio.

Con lo expuesto acerca del adulterio, de la profesión religiosa y de la apostasía, en relación a los efectos que producen respecto de la validez y subsistencia del matrimonio, tenemos justificada la proposición de que este sagrado vínculo, una vez consumado, es absolutamente indisoluble, pues el ligamento que produce entre los cónyuges sólo se extingue cuando concluye, cuando es preciso reconocer que falta el requisito necesario para la unión, que es la dualidad; es decir, que sólo puede disolverse por la muerte de uno de los ligados. Esta proposición puede tomarse como absoluta en los términos que la dejamos sentada, porque no admite ninguna clase de excepción; sin embargo, aparecen algunas modificaciones del concepto que es preciso tomar en cuenta, porque si no se explican y determinan, tal vez se presenten como objeciones que lleguen a destruir la exactitud del concepto, pues toda proposición universal será falsa con sólo que admita la más mínima excepción.

No lo es, seguramente, la de que el matrimonio rato se disuelva por la profesión religiosa, porque hemos tenido

muy buen cuidado de comprender en la proposición tan sólo el consumado, pero éste puede ser putativo, y he aquí la necesidad de distinguir la nulidad de la disolución: lo que es nulo no puede disolverse, porque ninguna acción, ningún acto puede nunca referirse a lo que no existe; de modo que no debe confundirse la separación de los que, aunque lo aparezcan, no son cónyuges, con la verdadera disolución del matrimonio.

Siempre que exista un impedimento dirimente al tiempo de verificarse las formas externas matrimoniales, resultará nula la unión: habrá, si se quiere, un matrimonio putativo; producirá los efectos canónicos y civiles, que en su lugar dejamos indicados, y que, siguiendo el curso de nuestro trabajo, tendremos que explanar, pero virtualmente no podrá nunca decirse que hay verdadero sacramento, y tan pronto como el impedimento sea conocido, procederá de derecho y por el mismo hecho la separación de los contrayentes, negándose la legitimidad de su unión y la necesidad de la dispensa del impedimento si quieren volver a unirse y si han procedido de buena fe, añadiéndose además la absolución del pecado, si ha existido dolo o culpa. Siempre que esto venga a acontecer, no podrá menos de producirse un verdadero conflicto, consistente en que, por una parte, resultará la nulidad del vínculo y consiguiente libertad de los que por él se creían ligados, y por otra, los perniciosos efectos morales y sociales, que no pueden menos de sobrevenir, de quedar anulada la unión que de público se ha tenido por legítima; se presentará, por lo tanto, en lucha la libertad de los contrayentes con la conveniencia de que se unan, y este conflicto, dentro del derecho canónico, no tiene más solución que la de excitarles a la verdadera y legítima unión, proporcionándoles la dispensa necesaria para remover el impedimento, pero si es de los que no pueden dispensarse, se verificará la separación, por lastimosa que sea. En el terreno civil, la coacción se ha llevado más allá de la simple amonestación; el art. 397 del Código penal dice así: «El que contrajese matrimonio mediando algún impedimento dispensable por la Iglesia, será castigado con

una multa de 10 a 100 duros. Si por culpa suya no revalidare el matrimonio, previa dispensa en los términos que los tribunales designen, será castigado con la pena de prisión menor, de la cual quedará relevado cuando quiera que se revalide el matrimonio» (1).

Esto es cuanto creemos necesario indicar en términos generales respecto de la separación de los contrayentes, entre los cuales existe un impedimento dirimente al tiempo de celebrar el matrimonio, pero tenemos que ocuparnos con alguna distinción, o, si se quiere, especialmente, en el impedimento que produce la afinidad, porque éste puede sobrevenir después de contraído legal y canónicamente el matrimonio. Recordando que la afinidad procede de la unión carnal, que puede ser lícita e ilícita, fácilmente se comprende que exista entre los que pretendan contraer matrimonio procedente de hecho lícito o ilícito, mas, una vez contraído el coito que la origene, siempre será ilícito e incestuoso, como realizado por uno de los cónyuges consanguíneo del otro, que será también su propio pariente por afinidad. Aunque no de otro modo, de éste podrá verificarse que los verdaderamente cónyuges, por haber contraído matrimonio, sin que entre ellos existiera impedimento de ninguna clase, vengan a ser afines, produciéndose entre ellos un parentesco que si resulta dentro del segundo grado, según en su lugar lo hemos explicado, constituye impedimento dirimente.

Sin embargo, este parentesco, cuando sobreviene al matrimonio, no lo disuelve; y así, terminantemente, y con toda distinción en los conceptos, se encuentra determinado en el capítulo 1.º, título 13, libro 4.º, Decret. Greg., declarándose por él que la afinidad que sobreviene después de contraído el matrimonio no lo disuelve, pero sí priva la petición del débito, y que el crimen de incesto inhabilita para contraer matrimonio. En el capítulo 2.º del mismo título se declara que la afinidad que sobreviene por ilícito coito disuelve los esponsales de futuro, pero no el matrimonio, y que el

(1) Art. 488 del Código penal vigente.

incestuoso no puede casarse. Esto, en lo sustancial, viene a corroborar lo determinado por el anterior, comprendiendo además una distinción exactamente fundada en la razón natural. La fuerza de los esponsales de futuro, de la promesa de contraer, sin que haya mediado unión carnal, no puede menos de considerarse menor que el impedimento que procede del coito: siempre, pues, que los dos conceptos aparezcan en duda, el más débil debe ceder al más fuerte. En el capítulo 4.º se declara otra distinción; dice así: «El incestuoso no debe contraer matrimonio, pero si lo contrae, es válido, y, en tal caso, tiene que prestar, pero no puede exigir el debito, y además está obligado a suministrar a la mujer todo lo que ella necesite.» De este modo viene a explicarse y determinarse la prohibición establecida por los dos capítulos citados, de que el incestuoso no pueda contraer matrimonio. El incesto produce verdadero impedimento impediente: conocido antes del matrimonio, produce causa suficiente para que no se contraiga; conocido o producido después, no da causa a la disolución, pero priva del derecho activo.

Si respecto de los esponsales de futuro y de verdadero matrimonio aparece clara y determinada la doctrina por medio de la expresada distinción, no sucede lo mismo en cuanto a los esponsales de presente seguidos de la cópula. El sumario del capítulo 7.º dice: «La afinidad sobreviniente no disuelve los esponsales de presente», pero, al considerar la doctrina de este capítulo, se observa que la idea se refiere a los esponsales de presente seguidos de la cópula, y, por consiguiente, a los que, según hemos ya dicho, en lo sustancial se purificaban con el verdadero matrimonio, hasta que por el Concilio de Trento se determinó la fórmula sacramental. El caso propuesto se reduce a que una mujer contrajo legítimamente por palabra de presente, después de ser conocida carnalmente por su consorte: fué entregada por éste a un subconsanguíneo, resistiéndolo ella en cuanto pudo. Éste, sin embargo, se casó solemnemente con aquella mujer, y contra la voluntad de la misma, que, inmediatamente que estuvo en libertad, huyó de él y pidió

unirse al primero: la decisión de Inocencio III fué que el varón, por hecho tan torpe, debía sufrir penitencia, y que la mujer debía ser amonestada para que permaneciera en castidad, separada de los dos, hasta que muriera el primero *(donec prior fuerit viam universa carnis ingressus)*. Empero si ella se niega a aceptar la indicada solución, el primero, el que contrajo los esponsales de presente, confirmados con la cópula, debe ser obligado al matrimonio y a permanecer en la unión marital, sin poderse excusar ni aun por el adulterio, puesto que la mujer fué inducida a él contra su voluntad. He aquí cómo se explica y determina la proposición de que la afinidad contraída posterior a los esponsales no los disuelve.

Réstanos, respecto a este punto, ocuparnos de cómo debe aparecer justificada, para que pueda ser eficaz, la afinidad que procede del coito ilícito, puesto que la procedente del lícito, naturalmente, siempre ha de aparecer demostrada. Esto viene a determinarse en los capítulos 3.º y 4.º del mismo título, por los cuales se explica que no basta que uno de los cónyuges, ni aun los dos, diga que entre ellos existe afinidad para que se determine su separación, que tampoco es suficiente la fama pública, y que, por consiguiente, es preciso que se reúnan racionales y fidedignas probanzas, sobre las cuales, y mediante el juicio de la Iglesia, pueda decidirse con verdadero conocimiento de causa. La razón aparece muy sencilla: si al dicho, si a la confesión de las partes se remitiera la admisión del supuesto suficiente para decidir la nulidad, a su arbitrio quedaría la disolución del vínculo; la fama pública nunca puede tampoco admitirse como criterio de verdad: en primer lugar, porque siempre es muy difícil determinar cuándo existe, y en segundo, por la facilidad de crearla, ocultando su origen y el objeto de la ficción.

Si ni el adulterio, ni la profesión religiosa, ni la apostasía, ni la afinidad resultante después de celebrado el matrimonio son causas suficientes para disolverlo, según al ocuparnos de cada una de ellas dejamos consignado, producen indudablemente motivo para que los cónyuges vivan se-

parados, a voluntad del que no ha dado causa al motivo de la separación. No creemos necesario mayor explicación sobre esto, porque con lo dicho respecto de cada una de estas razones basta para determinar la que existe y debe considerarse suficiente a que los cónyuges, sin dejar de serlo, dejen de vivir en uno, faltando, si se quiere, a una de las condiciones principales del matrimonio, empero en consideración a otras no menos atendibles. Este estado es el que verdaderamente, y con mayor propiedad, se llama divorcio, para distinguirlo del que resultaría por nulidad o por disolución del matrimonio, y, para fijar más la idea, suele añadirse a la palabra divorcio las calificativas de en cuanto al lecho, la mesa y la mutua cohabitación.

Mas no sólo las cuatro expresadas son las causas suficientes para que los cónyuges, sin dejar de serlo, vivan separados. Otras muchas se reconocen, en términos que no es fácil enumerarlas, y que, por el contrario, es preciso acudir al concepto general de que la separación procede siempre que sobreviene motivo racional suficiente para ello, o, de otro modo, siempre que el permanecer unidos origine mayores inconvenientes que la separación. No de otro modo, a nuestro juicio, debe entenderse el canon 8.° de la sesión 24 del Concilio de Trento, comprendido en estos términos: «Si alguno dijere que yerra la Iglesia cuando decreta que se puede hacer por muchas causas la separación del lecho o de la cohabitación entre los casados por tiempo determinado o indeterminado, sea excomulgado.» Pero enemigos nosotros de acudir a abstractas generalizaciones, presentaremos las razones que, con más o menos determinación exponen los autores como suficientes para la separación de los cónyuges, acudiendo a la enumeración más autorizada, que es la que se encuentra en la Novela de Constantino coleccionada con el número 117. Su capítulo 8.° comprende los motivos por los cuales puede el marido separar de sí a su mujer, y son los siguientes: Primero: si la mujer tiene conocimiento de algún delito de traición y no lo hace saber al marido; si se lo manifiesta y él no lo denuncia (a la mujer es permitido declararlo por medio de

otra persona, para que el marido no pueda fundar en ello causa de separación). La completa explicación de los conceptos justificativos de este primer motivo tendría que ser tan extensa que llegaría a ser inconveniente, por exceder de los límites de nuestro trabajo: creemos, pues, preferente sintetizarla, por decirlo así, en la proposición de que el crimen de traición se reconoce como causa suficiente para la separación de los cónyuges. Segundo: si el marido adquiere el convencimiento de que puede justificar el adulterio de su mujer, es decir, que antes de que, mediante un juicio por adulterio, se declare la existencia de este delito, y desde que el marido entabla la demanda o querella, más bien desde que le es admitida, procede la separación, si bien en concepto de interinidad. Tercero: si, de cualquier modo, la mujer atenta contra la vida del marido, o si, sabiendo que otros lo hacen, lo consiente y calla; esto no necesita ni explicación ni razonamiento alguno. Cuarto: si la mujer, sin consentimiento del marido, acude a convites o se baña con otros hombres. Esto, que en tiempo de Constantino tenía una explicación muy determinada, por lo que entonces solía suceder en los convites, a los cuales generalmente precedían los baños, en la actualidad puede interpretarse bajo el concepto de que sea causa de separación el que la mujer, contra la voluntad del marido, acuda a reuniones en las cuales se falte al decoro que exige la buena moral. Quinto: si la mujer, contra la voluntad del marido, permanece fuera de su casa, como no sea en la de sus propios parientes. A esto puede darse la misma explicación que la que dejamos expuesta en el motivo anterior. Sexto: si, ignorándolo o prohibiéndolo el marido, la mujer acude a los espectáculos públicos, a los circos y teatros. También este motivo puede razonarse por medio de las consideraciones indicadas. El capítulo concluye explicando el quinto motivo, y declarando que si el marido, por cualquiera de estas causas, echa de su casa a la mujer, y ella no tiene otra de sus parientes en donde pasar la noche, falta el motivo de la separación, porque a él ha dado causa el marido.

En el capítulo 9.° se comprenden los motivos por los cuales la mujer puede separarse de su marido, y son: Primero: si el marido conspira contra el Estado, o, sabiendo la conspiración, no la denuncia por sí o por otra persona. Nada creemos necesario añadir a lo que dejamos dicho al ocuparnos sobre este mismo particular del capítulo anterior. Segundo: si el marido atenta contra la vida de la mujer, o si, sabiendo que otros lo hacen, no se lo manifiesta ni trata de vengarla. Tercero: si el marido induce, o trata de inducir, al adulterio a su mujer. Cuarto: si el marido acusa a su mujer de adulterio y no consigue probárselo; esto, indudablemente, se funda en que, supuesta, como no puede menos de serlo, la injuria que en la acusación se encierra, hay que reconocer agravio que dé motivo suficiente a la separación. Quinto: si el marido lleva concubina a la casa en que vive con su mujer, o si, teniéndola en otra, no la deja, después de repetidas amonestaciones. Canónicamente, este motivo se comprende en la razón de adulterio, pero como en el derecho civil, y hasta que en él fueron admitidas por completo las doctrinas del canónico, se reconocía con tan notable distinción este delito respecto del hombre que respecto de la mujer, sólo se tenía por causa causa suficiente cuando se refería al hombre, si se cometía con la circunstancia agravante de publicidad y de insistencia en él, a pesar de las reclamaciones de la mujer.

Cuanto más se para la consideración sobre todos y cada uno de los motivos expresados en los dos artículos, mayor llega a ser el convencimiento de la dificultad, más bien imposibilidad, de establecer detalladamente cuáles deben ser todas y solas las causas de separación de los cónyuges. No puede menos de admitirse por tal el que cualquiera de los dos atente contra la vida del otro, pero, sin llegar a tal extremo, los malos tratamientos, particularmente del marido a la mujer, se admiten también como motivo suficiente, y así, aunque implícitamente, se encuentra declarado en los capítulos 8.° y 13, título 13, libro 2.°, Decret. Greg., expresando la idea con la palabra *sevicia*. La excitación al pecado terminantemente está reconocida como motivo suficiente

para la separación en el capítulo 2.°, título 19, libro 4.°, Decretales Gregorianas, pero algunos autores la extienden al supuesto de que el padre quiera prostituir a las hijas, concediendo a la madre el derecho de separarse del marido, llevándoselas consigo. Todavía hay necesidad de explicar una última modificación del concepto: por las razones indicadas, y cuya determinación concreta siempre deberá quedar al prudente arbitrio judicial, una vez estimadas suficientes, pueden separarse los cónyuges a voluntad del agraviado, pero, sin llegar a la completa separación, indudablemente por mutua conveniencia, los cónyuges deben evitar su contacto, en caso de sufrir alguno de ellos enfermedades contagiosas o repugnantes. Los preceptos, tanto canónicos como civiles, acerca de este punto, indudablemente aparecen en extremo rigurosos: los capítulos 1.° y 2.°, título 8.°, libro 4.°, Decret. Greg., llegan hasta a anatematizar al que no quiera vivir en unión con su cónyuge leproso y hasta a determinar que el sano está obligado al débito conyugal cuando el atacado de tan horrorosa enfermedad se lo exija. La ley 7.ª, título 2.°, Partida 4.ª, dice: «Mas alguno de los que fuessen casados cegasse, o se fiziesse sordo, o contrahecho, o perdiesse sus miembros por dolores, o por enfermedad, o por otra cualquier, por ninguna destas cosas, nin aunque se ficiesse gafo, non debe el uno desamparar al otro; por guardar la fe e la lealtad que se prometieron en el casamiento, ante deben beuir todos en uno, e servir el sano al otro, e proveerle de las cosas que menester le fizieren, segun su poder. Pero lo que dize de suso del gafo entiendese desta manera: que el que fincare sano dellos, si rescibiere grand enojo del otro, puede apartar su camara e su lecho del, para non estar nin yacer continuamente con el. Mas debel servir en las otras cosas, e ayuntarse a el, para cumplir su debdo quando lo demandare; fueras ende, si aquel que engafeciesse, oviesse de bevir comunalmente en una casa con los otros gafos, de guisa que non oviessen camaras apartadas. Ca estonce el que fuesse sano non seria tenudo de morar con el en tal lugar, como quier que de fuera sea tenudo de servirlo, segun que

es sobredicho. E si oviessen fijos de consuno, deben bevir con el sano, e non con el otro, por que non sean ocasionados de aquella malatya.» A pesar de estas prescripciones legales, cuando lleguen a luchar con el reconocido axioma de que la caridad bien ordenada empieza por sí mismo, y siempre que de la unión resulte peligro de la vida o de la salud, inhumano sería hacer incurrir en él por fuerza; el mismo inconveniente de falta de caridad resultaría, en verdad, si un cónyuge abandonara al otro por estar enfermo: por lo que, en tan encontrados supuestos, a la sola prudencia puede encomendarse la resolución, considerando que, en estas materias, adonde no puede llegar la jurisdicción del fuero externo alcanza la del interno.

Los juicios sobre nulidad, disolución del vínculo y separación de los cónyuges son de la exclusiva competencia de los Tribunales eclesiásticos (1), y por más que en el último proyecto de Código civil se intente hacer sobre esto alguna distinción, creemos que no puede ni debe hacerse, porque siempre en ellos, directa o indirectamente, habrá de considerarse la materia litigiosa inherente al sacramento, y, por lo tanto, la resolución siempre ha de afectar a lo que está en más elevada esfera que la meramente civil. El capítulo 3.º, título 19, libro 4.º, Decret. Greg., terminantemente dice que el varón no puede dejar a su mujer sino por juicio de la Iglesia, aunque exista un notorio impedimento de parentesco; que si por fama pública se reconoce el impedimento, aunque por nadie en particular se denuncie, el obispo, de oficio, puede inquirir acerca de él, y que si el impedimento es verdaderamente notorio, también de oficio puede separar el matrimonio. En el preámbulo del título 10, Partida 4.ª, se dice: «Sobreviniendo alguno de los embargos, que son dichos en el título ante deste, por que se deba departir el matrimonio que es hecho entre algunos, desque la querella, ó la acusacion fuese fecha ó el embargo

(1) El Código civil, en su art. 80, mantiene esta doctrina respecto a los matrimonios canónicos.

probado, segun dice en el título ante deste, debe ser departido el casamiento por juicio de Santa Iglesia; fueras ende si el embargo fuese sobre cosa que pertenezca á juicio de los legos, asi como sobre razon de adulterio.» Esta distinción viene a determinar la proposición que, en términos generales, dejamos sentada. El adulterio, además de ser un pecado, es un delito, y como tal puede perseguirse en el foro ordinario para imposición de las penas; pero así como hemos visto en su oportuno lugar que la declaración de su existencia en el tribunal eclesiástico no basta para que al adúltero se le impongan las penas determinadas por el Código, del mismo modo la sentencia del tribunal ordinario no puede considerarse suficiente a los efectos canónicos. Sin embargo de ser así lo cierto, no sólo la declaración de la existencia del delito, obtenida en el fuero ordinario, sino la interposición de la querella, o mejor, su admisión, produce motivo suficiente para la separación de los cónyuges, si bien con carácter de interinidad y mientras el negocio litigioso se sustancie y decida cómo deberá verificarse en ambos fueros para que adquiera su total complemento. Este mismo razonamiento puede extenderse a los demás conceptos que se comprenden en el texto citado. Cuando alguno de los cónyuges acuda a la protectora tutela de la autoridad, alegando motivo racional bastante para la separación, debe atenderse la pretensión y acudir al remedio del mal, adoptando las medidas suficientes, siempre bajo la suposición de evitar daños mayores, y en concepto de interinidad, pues así lo exige la prudencia, hermana de la justicia.

Réstanos, para concluir, ocuparnos de una circunstancia muy notable referente a los juicios de nulidad y divorcio, cual es la de intervenir en ellos el oficio de un defensor del matrimonio: en ellos, indudablemente, puede existir el dolo, por parte de ambos cónyuges, de convenirse en la existencia de las causas de la nulidad o divorcio, y para evitar que esta malicia surta sus efectos, el papa Benedicto XIV confirmó, por su bula que principia *Dei Miseratione*, algunas disposiciones canónicas, que ya existían con el

mismo objeto, declarando lo que se debe observar acerca del orden judicial que debe seguirse en las causas matrimoniales, y mandando que en todos los obispados elija el ordinario un sujeto idóneo que, con el título de defensor de los matrimonios, y siendo parte oficial, defienda su validez y contraríe las razones de separación en todas las instancias, y pudiendo apelar de todas las sentencias hasta que se pronuncie la que deba tenerse por ejecutoria.

La ley 7.ª, título 10, Partida 4.ª, confirma todas estas ideas, declarando que los pleitos de divorcio deben ser conocidos y sentenciados por los arzobispos u obispos de cuya jurisdicción fuesen los litigantes. «E esto es porque el pleyto de departir el matrimonio es muy grande e muy peligroso de librar. E por ende tal pleyto como este, e aun todos los otros spirituales grandes, pertenescen de librar mas á los Obispos que á otros Perlados menores, porque son mas sabidores, ó deben ser, para librarlos mas derechamente. Pero si costumbre fuese en algunos lugares, usada por cuarenta años, de los librar los Arcedianos, ó los Arciprestes, ó alguno de los otros Perlados menores que los Obispos, bien lo pueden fazer. Esto se entiende si fueren letrados e sabidores de derecho, ó tan usados de los pleytos que lo sepan fazer sin yerro. E esto mismo seria si el Papa otorgase á algunos, por su privilegio, que librasen tales pleytos como estos.» La siguiente, 8.ª del mismo título, corrobora todavía más los mismos conceptos, prohibiendo que el pleito sobre matrimonio no pueda ser encomendado a juicio de árbitros, razonando su determinación en los siguientes términos, que por completo satisfacen: «*Arbitri* son llamados en latin omes en que se avienen algunos, para meter en su mano algund pleyto que lo libre, segund su arvedrio, poniendo pena á las partes. E defiende la Santa Eglesia, que en manos de tales omes non sea metido pleyto de departimiento de matrimonio, quier sean Clerigos, ó legos, nin aunque fuesen Obispos. E esto es por dos razones: la una, porque todo pleyto que es metido en manos de arbitros, non se puede acabar si non por miedo de pena, e non debe ser puesta en pleyto de matrimonio.

Ca el matrimonio debe ser libre, e quito de toda manera de premia, e por ende los arbitros non pueden tal pleyto librar. La otra razon es porque el matrimonio es spiritual, e fue establecido primeramente por nuestro Señor Dios, segund dice en el Título de los Casamientos. E por ende tal pleyto como este non lo puede otro librar, si non aquellos que tienen lugar en la Eglesia de nuestro Señor Jesu-Christo, e que han jurisdicion para lo fazer.»

CAPÍTULO V

De los segundos matrimonios (1).

Materia del capítulo.—Imposición de pena a las mujeres que contraen matrimonio al poco tiempo de la muerte de su marido.—Disposición del Fuero Juzgo.— Doctrina del Fuero Real.— Leyes de Partida.—Ley de la Novísima, permisiva del casamiento dentro del año, y motivos de la misma.—Doctrina del Código penal.— Cuestión acerca de la filiación del hijo de la que se case antes del tiempo legal.— ¿Es dispensable la sanción?

Reconocida como principio innegable la prohibición de la poligamia, es evidente que bajo el epígrafe de este capítulo se comprende la materia concerniente a los matrimonios que contraen personas, de las cuales, cuando menos, una ha estado casada, y por muerte de su cónyuge se encuentra en el estado de viudez. En tal estado, y conforme también con lo que dejamos consignado, ha concluído el impedimento ligamen, ha dejado de existir el matrimonio, porque si es unión, es indispensable que para ella exista la dualidad, como terminantemente lo declara al Apóstol San Pablo, en su Epístola primera a los Corintios, capítulo VII, versículo 39, que dice: «La mujer está atada a la ley mientras vive su marido, pero si muriese su marido, queda libre; cásese con quienquiera, con tal que sea en el Señor.» En el XI, sin embargo, recomienda la permanencia en el estado de viudez, y es lo cierto que siempre han sido y son

(1) Art. 45, núm. 2.°, del Código civil.

mirados con algún vicio de odiosidad los segundos matrimonios.

Sin duda, por esto la Iglesia ha prohibido que sobre ellos recaiga la bendición nupcial, como se declara en los capítulos 1.° y 3.°, título 21, libro 4.°, Decret. Greg., determinándose que los segundos matrimonios no deben obtener la bendición sacerdotal, y que, para que tenga efecto esta prohibición, basta que cualquiera de estos cónyuges la haya recibido otra vez.

Sentados estos supuestos, tenemos que concretar nuestro examen a un punto especial, cual es el concerniente, no a la prohibición, sino a la imposición de pena contra las mujeres que se casan al poco tiempo de la muerte de sus maridos. La distinción indicada es muy sustancial, porque en muchos autores se encuentra la expresión de haber estado prohibidos los matrimonios de las viudas dentro de cierto término, contado desde la muerte de sus maridos, y esto no es de todo punto exacto. Semejantes casamientos nunca han estado prohibidos en concepto de ser nulos los que contra la prohibición se efectuaran, ni aun para los efectos civiles: siempre se ha reconocido, por el contrario, su validez, si bien al mismo tiempo no ha podido menos de reconocerse su inconveniencia, procurándose evitarla por medio de las penas impuestas a las que en ella incidían. De este modo procedió la legislación romana, acudiendo a penar el hecho con privación de ciertos derechos civiles y con la nota de infamia, pero el derecho canónico, más piadoso, removió la infamia, aboliéndola, declarando en los capítulos 4.° y 5.° del citado título 21 que la mujer que se casa dentro del año luctuoso no incurre en la infamia, fundándose para ello en el mismo citado texto de San Pablo: el año luctuoso se extendía por el derecho romano a sólo diez meses.

Viniendo ya a nuestro derecho, nos encontramos con la ley 1.ª, título 2.°, libro 3.° del Fuero Juzgo, que dice así: «Si la mugier, despues de muerte de su marido, se casa con otro ante que cumpla el anno, ó fiziere adulterio, la meetad de todas sus cosas reciban los fiios della e del pri-

mer marido. E si non a fiios, los parientes mas propinquos del marido muerto ayan la meytad. E por esto queremos que aya la mugier esta pena, que aquella á quien el marido dexa prennada, quando se coyta mucho de casar, ó de fazer adulterio, que non mate el parto ante que sea nazido. Todavia mandamos que aquellas muieres sean sin pena desta ley, las quales se casan ante del anno cumplido por mandado del princep.»

La ley 13, título 1.°, libro 3.° del Fuero Real, dice: «Ninguna muger viuda no case del dia que muriere su marido, fasta un año cumplido, e si antes casare sin mandado del Rey, pierda la meytad de quanto hobiere, e lo que quedare, hayanlo sus fiios o nietos del marido que fuere muerto, e si los no hobiere, hayanlo los parientes del marido muerto mas propinquos.» Cotejadas estas dos leyes, se ve, desde luego, su completa concordancia en lo sustancial; sin embargo, en sus modos de expresión aparece más exacta y filosófica la del Fuero Juzgo que la del Fuero Real: en la primera no se comprende la prohibición del matrimonio de la viuda dentro del año luctuoso; en la segunda, sí, porque empieza diciendo: «Ninguna muger viuda no se case del dia que muriere su marido fasta un año cumplido», si bien en seguida se supone la facultad de casarse, lo mismo que en la del Fuero Juzgo, y sólo se marca la pena que ha de sufrir. De todos modos resulta que, aunque el matrimonio no se prohibe en términos de que sea nulo, como si existiera un impedimento dirimente, se establece, en verdad, uno impediente, aunque con carácter meramente civil, por lo que la mujer que en tal hecho incurre, indudablemente procede contra derecho, no puede decirse que obra justamente, puesto que el hecho está reprobado hasta con sanción penal. Otra cosa hay que advertir respecto de estas dos leyes: en ellas se habla de año cumplido, sin referencia a restricción ninguna, por lo que, y en atención a que, según hemos dicho, el año luctuoso por el derecho romano se concretaba a diez meses, es preciso tomar en cuenta esta diferencia, que no puede menos de admitirse, porque indudablemente el año cumplido es de doce meses,

y así debe admitirse en vista de las terminantes palabras de las dos leyes, siendo muy notable, por otra parte, la modificación del concepto, considerada con referencia a la razón más fundamental, que parece ha debido tomarse en cuenta para la determinación de todo lo que se refiere a la materia, como tendremos necesidad de observar.

En las leyes de las Partidas, ya con mayor extensión se trata y determina este mismo asunto. La 3.ª, título 12, Partida 4.ª, dice así: «Librada e quita es la muger del ligamiento del matrimonio despues de la muerte de su marido, segund dize Sant Pablo. E por ende no tovo por bien Santa Eglesia que le fuesse puesta pena, si casare quando quisiere, despues que el marido fuere muerto. Solamente que case como debe, non lo faziendo contra defendimiento de Santa Eglesia. Pero el Fuero de los legos defendiole, que non case fasta un año, e poneles pena a las que ante casan. E la pena es esta: que es despues de mala fe, e debe perder las arras, e la donacion que le fizo el marido finado, e las otras cosas que le oviese dexadas en su testamento, e devenlas aver los fijos que fincaren del, e si fijos non dexare, los parientes que ovieren de heredar lo suyo. Essa misma pena deve aver, si antes que pasasse el año fiziesse maldad de su cuerpo. Pero la muger que fuesse desposada, si el esposo se muriesse ante quel matrimonio fuesse cumplido, puede casar sin pena quando quisiere. Otrosi non deve aver esta pena la muger que con otorgamiento del Rey casare ante que se cumpla el año. Esso mismo seria, ca non deve aver pena, la muger que se desposasse ante quel año fuese cumplido, solamente que en este comedio non cumpla el matrimonio.»

La 5.ª, título 3.º, Partida 6.ª, dice: «Muger que casasse ante de un año despues de muerte de su marido, non la puede ningun ome extraño establescer por heredera, nin otro que fuesse su pariente del cuarto grado en adelante. E defienden las leyes a las mugeres que non casen ante deste tiempo, por dos razones: la una, porque no dubden los omes, si aviniere que encaesce ella en este mismo año, de qual de los maridos, del muerto o del bivo, es el fijo o

la fija que nasciere della; la otra es porque el marido segundo non aya mala sospecha contra ella, porque tan ayna quiso casar.»

La ley 3.ª, título 6.º, Partida 7.ª, refiriéndose a las dos anteriores, añade: «Seyendo la muger fallada en algun lugar en que fiziese adulterio con otro, o si se casasse por palabras de presente, o fiziesse maldad de su cuerpo, ante que se cumpliese el año que muriera su marido, es enfamada por derecho. E en ese mismo desfamamiento cae el padre, si ante que passasse el año que fuesse muerto su yerno casasse su fija, que fuera muger de aquel a sabiendas. E aun seria por ende enfamado aquel que casó con ella sabiendo; fueras ende, si lo fiziera por mandado de su padre o de su abuelo so cuyo poderio estuviesse. Ca estonce, aquel que lo mandase quedara por ello enfamado, e non el que fiziesse el casamiento. Pero dezimos que si tal casamiento como este fuesse fecho ante del año cumplido, por mandado del Rey, que non le naceria ende ningun enfamamiento. E movieronse los Sabios antiguos de vedar a la muger que non casasse en este tiempo despues de la muerte de su marido, por dos razones: La primera es por que sean los omes ciertos que el fijo que nasce della es del primer marido. La segunda es por que non puedan sospechar contra ella, porque casa tan ayna, que fue en culpa de la muerte de aquel con quien era ante casada: asi como en muchos lugares deste libro diximos, en las leyes que fallaban en esta razon.»

En la primera de estas tres leyes se ve claramente la lucha entre adoptar las disposiciones del derecho canónico y las del derecho romano, y la decisión por el segundo, que se siguió con la mayor exactitud, sin que creamos necesario detenernos a comprobar esta verdad, ya porque todo cuantó en estas leyes se establece respecto de pena ha quedado abolido, ya también porque el que quiera encontrar todas las referencias, puede hacerlo, sin más que acudir a las glosas del célebre Gregorio López; sólo, por lo tanto, necesita ocupar nuestra atención el razonamiento que en las mismas leyes se encuentra para que el legislador se deci-

diera en la eleción por uno u otro principio, adoptando el ya indicado. En las segundas de las citadas se determinan las razones por las cuales deben evitarse los matrimonios a que nos referimos, reduciéndolas a dos, y a la verdad que en ellas se resumen todas las que pueden inventarse. Es la primera la de conveniencia de que nunca se dude acerca de la paternidad del hijo, cuando es legítimo, y a la verdad que no puede menos de considerarse suficiente para que deba procurarse por cuantos medios sean compatibles con otras más elevadas consideraciones. Es la segunda por que el marido segundo «non aya mala sospecha contra ella (la muger), porque tan ayna quiso casar». Esta razón la extienden los comentaristas del marido al público, pero, en nuestro concepto, la ley aparece perfectamente filosófica, concretándola primero; todo su fundamento consiste en la liviandad de que puede ser tachada la mujer que tan pronto olvida al que fué su misma carne: en descrédito público puede incurrir por esta causa, pero este defecto, a quien afecta principal y directamente es al segundo marido, que, si lo consiente, debe considerársele único juez de las circunstancias que pueden inducirle a unirse en matrimonio con la que se encuentre bajo la presión de esa mala fama; por manera que, indudablemente, en el texto legal se comprende con toda exactitud todo lo que debe comprenderse, y en sus verdaderos límites, respecto de la razón que toma por causa la sospecha de liviandad. Todavía se ha supuesto que la sospecha puede llegar hasta la de que fuera adúltera la mujer, cuando vivía su primer marido, con el que tan pronto le sustituye, pero esto, en cuanto puede considerarse razonable, está comprendido en la primera de las dos razones; por manera que, en todo caso, podrá admitirse, no como una razón distinta, sino como consecuencia de la que expresa la ley, y por lo mismo comprendido en ella. Por último, presentan algunos también como razón la de que el coito con el segundo marido puede perjudicar la vida del feto, si existe, procreado por el primero. En todo lo que jurídicamente puede admitirse como cierto, también se comprende esta consideración en la primera de las dos razones;

por lo demás, para tomarla como fundamental, sería necesario que las ciencias médicas nos determinaran el supuesto con una fijeza a la que creemos no se puede llegar. En la tercera de las leyes citadas se repiten y recuerdan las mismas razones; por lo que acerca de ella nada tenemos que decir.

En tal estado nuestra legislación, corrió el tiempo, hasta que se dió la ley que aparece recopilada con el número 4 del titulo 2.º, libro 10, y que dice así: «Mandamos que las mugeres viudas puedan libremente casar dentro en el año que sus maridos murieren, con quien quisieren, sin alguna pena y sin alguna infamia ella ni el que con ella casare, no obstante cualesquier leyes de Fueros y Ordenamientos y otras cualesquier leyes que en contraria sean fechas y ordenadas, las quales anulamos y revocamos, y mandamos a los nuestros Jueces y Alcaldes de la nuestra Casa y Corte, y Chancilleria, y de todas las ciudades y villas y lugares de nuestros Reynos y Señorios, que no atienten de proceder ni procedan por la dicha causa y razon contra las dichas viudas ni contra aquellos que con ellas se casaren, so pena de dos mil maravedis para la nuestra Camara; y los que lo contrario hicieren, sean emplazados que parezcan ante Nos en la nuestra Corte.»

Bastante se ha disputado sobre los motivos de esta ley; se ha supuesto que es de circunstancias, y, para encontrar su razón, se ha tratado de averiguar su fecha. Valdelomar, al recopilarla en la Novísima, le atribuye la de los años 1400 y 1401, y, por consiguiente, supone ser de Enrique III; hay quien la cree anterior y de fecha próxima al reinado de Alfonso XI, habiendo sido, por consiguiente, su objeto facilitar la reparación de los estragos que en la población había hecho la epidemia llamada peste negra. Nosotros, y francamente lo decimos, creemos que los motivos de la ley fueron más jurídicos que económicos; que, por lo mismo, no puede considerarse absolutamente de circunstancias, y que no es necesario, para encontrar su razón, llegar a fijar con entera exactitud su fecha. Dejamos dicho que los autores de las Partidas dudaron entre aceptar las prescripcio-

nes del derecho civil romano o las del derecho canónico, decidiéndose por lo primero, pero al adoptar el principal supuesto, al reconocer la conveniencia de dificultar los matrimonios de las viudas dentro del año luctuoso, por seguir en un todo la legislación romana, sancionaron su intención con penas demasiadamente graves, como no pueden menos de reputarse la prohibición de heredar, y, sobre todo, la infamia impuesta, no sólo a la mujer, sino a su marido, que aunque sólo fuera, no decimos por la costumbre, sino por la preocupación de la sociedad, tenía que afectar a sus hijos. El autor de la ley recopilada, cualquiera que haya sido, en cualquiera época que se haya dado, no podía menos de reconocer la demasía de estas penas y los malos efectos que necesariamente tenía que producir; y nada más natural que, al tratar de remediarlos y precaverlos, encontrándose, lo mismo que los autores de las Partidas, entre el derecho civil y el canónico, que estaban en pugna, obrara del mismo modo en sentido contrario y más piadoso, adoptando en toda su extensión las prescripciones canónicas. No queremos decir con esto que hiciera bien, antes, por el contrario, creemos que incurrió en la exageración contraria, puesto que las razones que dejamos expresadas no pueden desconocerse ni dejarse de admitir, y que indispensablemente producen la conveniencia, la necesidad de procurar que no se realicen los matrimonios de que nos estamos ocupando.

Entre los dos extremos, lo prudente era adoptar un justo medio, y así se hizo últimamente en el Código penal, cuyo art. 400 literalmente dice: «La viuda que casare antes de los trescientos un días de la muerte de su marido, o antes de su alumbramiento, si hubiere quedado encinta, incurrirá en las penas de arresto mayor y multa de 20 a 200 duros. En la misma pena incurrirá la mujer cuyo matrimonio se hubiere declarado nulo, si casare antes de su alumbramiento o de haberse cumplido trescientos un días después de su separación legal» (1). Con esta disposición que-

(1) Art. 490 del Código vigente.

dó derogada la ley recopilada, y como por ella lo habían sido todas las anteriores, resulta que la pena de la mujer que pasa a segundo matrimonio en el año luctuoso está reducida a sufrir de uno a seis meses de prisión, y a pagar de 20 a 200 duros de multa; resulta también que el año luctuoso está perfectamente determinado y reducido a los trescientos un días, lo cual no aparecía muy claro en las leyes de Partida, e indudablemente se entendía según las leyes de los fueros. Ocasión tendremos más adelante de examinar con mayor detenimiento la razón de haberse fijado este tiempo; bástanos ahora indicar que es el que se supone más largo para la gestación del feto, y que, por consiguiente, todo se reduce a procurar que la viuda no pase a segundo matrimonio mientras pueda dudarse que ha quedado encinta de su primer marido, para que sin duda ninguna pueda atribuirse la concepción determinadamente a uno de los dos. En el párrafo 2.º del artículo citado se trata de una modificación de la idea, cual es la de haberse declarado nulo el primer matrimonio; y para este caso se determina que la mujer que en él se encuentre puede casarse inmediatamente de su alumbramiento, y, por consiguiente, antes de cumplirse los trescientos un días, si bien tendrán que haber transcurrido, contándose desde la separación legal, si la mujer no ha dado a luz hijo ninguno desde la misma fecha de la separación. La distinción y determinada diferencia es tan lógica, clara y natural, se comprende de tal modo en la misma razón, que con sólo enunciarla se explica. Tal vez parezca que las disposiciones del Código son poco filosóficas, porque de otro modo que el adoptado puede conseguirse el mismo fin. Supuesto que la gestación más larga sea de trescientos un días o diez meses cumplidos, es indudable que mucho tiempo antes del parto se ha de conocer el estado de la mujer, pues si, por ejemplo, a los seis, a los siete meses de la muerte del marido o separación del que se suponía serlo, la mujer no está encinta, y así puede determinarse con toda seguridad científica y racional, ninguna necesidad hay de esperar al complemento de los trescientos un días:

parecía más lógico que el concepto se hubiera expresado por medios más científicos, diciendo: La viuda o separada del que se supuso ser marido, que se case mientras pueda dudarse que de él quedó encinta antes del alumbramiento, incurrirá en tal pena. Es verdad que en esta fórmula se comprendería mejor la idea jurídica con referencia al derecho civil, pero quedaría completamente indeterminada dentro del derecho penal, y apenas podría ocurrir un caso en que, a pesar de existir el hecho penado, no se eludiera la pena, de modo que viniera a ser, por ineficaz, inútil la sanción penal. Al comprender los hechos en la esfera de los delitos, es preciso determinarlos con todo el mayor grado de fijeza posible: el derecho penal así tiene que proceder; el civil tiene que acudir a él, buscando su auxilio y aceptarlo en los términos en que se le pueda dar. Creemos, por lo tanto, que la fórmula y determinación del concepto es buena y filosófica, y que no lo sería tanto esa otra con la cual algunos pretenden sustituirla.

Pero por más que la ley castigue la perpetración del hecho, no hay duda que puede realizarse, como, en efecto, se realiza: en la esfera del derecho penal, el delincuente sufrirá la pena, pero no por eso dejará de originarse el conflicto en la esfera del derecho civil; por lo que no podemos menos de examinar para procurar la determinación jurídica del supuesto en que nos ocupamos. Si una mujer, antes de los trescientos y un días desde la muerte de su marido, o desde que se separara del que se suponía serlo, se casa, siendo lo cierto que el matrimonio es válido y eficaz, ¿a cuál de los dos hombres deberá atribuirse la filiación de lo que la mujer dé a luz? La ley 4.ª, título 23, Partida 4.ª, supone que el tiempo mínimo de la preñez no puede ser menor que de seis meses y un día, y el máximum no puede exceder de diez meses y un día: admitiendo este supuesto, es indudable que el hijo que nazca antes de cumplirse el mínimo, debe atribuirse al primer marido, y por la misma razón al segundo el que nazca después de cumplirse el máximum: pero llegamos al punto de la dificultad, que consiste en la consideración del tiempo medio, en el hecho de

nacer después de los seis meses y un día y antes de los diez meses y un día. No hemos encontrado disposición legal que lo determine; nos inclinamos a creer que no exista, porque a los autores todos que hemos registrado les ha sucedido lo mismo, lo que se demuestra con sólo notar que se lanzan a buscar lo más justo y equitativo por el criterio de razón, al cual, de seguro, no acudirían como exclusivo si hubieran podido fundarse en el de una autoridad legislativa. Unos admiten como más razonable que el hijo, en tal caso, puede reclamar los derechos que le corresponden por las dos paternidades; otros, que tiene el derecho de opción, con la obligación de usarlo tan pronto como esté en edad de poder obligarse; otros, que la madre es la que debe determinar a cuál de los dos maridos es al que debe atribuirse la paternidad; otros, que sin admitir ninguna regla general, debe decidirse en consideración a las circunstancias especiales y concretas a cada caso particular, citando como una de ellas la mayor semejanza física o moral que se note entre el hijo y los dos a quienes puede atribuirse la paternidad, así como también a la edad, estado de salud, constancia en la comunidad de vida y demás, cuya entera exposición es absolutamente imposible; otros suponen que no debe contrariarse el reconocimiento de los dos que pueden disputarse la paternidad, de modo que si los dos aparecen conformes en a cuál de ellos debe atribuirse, esto es lo que deberá tomarse por verdad, queriendo todavía extender el concepto al caso en que el primer marido nada haya dicho acerca de creer que su viuda quedaba encinta y el segundo reconozca por hijo al que sea objeto de la cuestión.

Por último, otros aceptan que la mayor probabilidad, faltando como no puede menos de faltar, la certeza, se encuentra considerando lo más próximo a lo más natural. Indudablemente, lo más natural es que el parto se verifique a los nueve meses de la procreación, pues tomando este término medio natural, una vez determinado el día del nacimiento, si es anterior, deberá atribuirse al primer marido, y si posterior, al segundo. Tal vez sea esta la solu-

ción que más satisfaga, pero en esta materia sucede como en todas, cuando se quiere llegar a más de lo que el entendimiento humano puede alcanzar: la impugnación de todos los sistemas es muy fácil; la determinación del verdadero de un modo exclusivo, imposible. En la necesidad de decidir, creemos que no hay otro criterio que el de acudir al recto arbitrio judicial; que el juez, considerando, no sólo todos los sistemas, sino también todas las circunstancias especiales y concretas, deberá decidirse por aquello que su razón ilustrada, que su conciencia moral y jurídica le presente como verdadero. Esta creemos que es la única solución práctica que cabe en el verdadero conflicto de que nos estamos ocupando: únicamente añadiremos que para nosotros tiene gran fuerza el mutuo reconocimiento del padre y del hijo.

Réstanos, para el completo examen de esta materia, examinarla bajo otro punto de vista. Hemos dicho que las prescripciones legales nunca han tenido por objeto establecer la absoluta prohibición de los matrimonios de las viudas durante el año luctuoso, y sí sólo procurar que no se verifiquen, para evitar los inconvenientes que de ellos puedan originarse. La Iglesia siempre los ha reconocido lícitos, y aunque no les ha concedido el mismo grado de honestidad que a los contraídos con mujeres solteras, rechaza la idea de sujetarlos a otra pena que la privación de las bendiciones sacerdotales. Resulta, por consiguiente, que contra ellos no existe, canónicamente considerado, impedimento dirimente ni impediente: la sanción penal, por lo tanto, es puramente civil; de modo, que a todas luces, es claro e indispensable que los que incurran en ella no proceden justamente, puesto que obran contra ley, hasta el punto de cometer un delito. Pero la sanción, concretamente a ese punto, ¿es dispensable? Analicemos: después de la perpetración del delito, sólo podrá serlo en concepto de indulto, es decir, en cuanto a la remisión o perdón de la pena; antes del matrimonio, y en concepto de remover el inconveniente que se opone a su celebración, no dudamos el admitir la afirmativa, si bien reconociendo que debe

escasearse mucho, más bien, que no debe concederse.

Hemos visto y admitido como muy fundadas en la recta razón las dos que consignan las leyes para procurar que las mujeres en tal estado no contraigan matrimonio: primera, la de evitar dudas sobre la legítima paternidad; segunda, la de evitar sospechas de liviandad en la mujer. En algunos casos podrá justificarse la falta de la primera, como sucedería, por ejemplo, en el que resultara que el marido murió ausente de su mujer, y que la ausencia había sido sin interrupción y por largo tiempo, a lo que añadiendo un juicio facultativo pericial, del cual resultara que la mujer no estaba encinta, parecen removidos todos los inconvenientes y con ellos los fundamentos de la primera razón, pero, en primer lugar, el juicio pericial nunca podría ser completamente determinante, y en segundo, siempre existirá la segunda razón: que, aun admitidos los supuestos considerados, es imposible que llegue a destruirse. Además, y acudiendo al terreno de la práctica, para verificar los supuestos, para sustanciar el expediente justificativo de todos los extremos indicados, sería necesario invertir un tiempo que, aunque se quisiera admitir que pudiera ser más corto que el que la ley concede para poder contraer el matrimonio sin la dispensación, la diferencia vendría a resultar tan pequeña, que no se comprende la conveniencia, mucho menos la necesidad de salvarla; y como siempre deben admitirse estos supuestos para que aparezca justificada la relajación de la ley, lo más prudente es que el poder real no haga por gracia lo que con el tiempo, y no muy largo, puede hacerse en justicia. Sin embargo, tales pueden ser las circunstancias, como, por ejemplo, hallarse uno de los dos en artículo de muerte, y por eso hemos admitido la afirmativa en nuestra proposición; e indudable es que en la ley del Fuero se concede al príncipe la facultad de dispensar el impedimento civil en el mero hecho de permitir el matrimonio cuando el príncipe lo mande.

CAPÍTULO VI

Del concubinato.

Concepto del concubinato o barragania.— Razones de su existencia. — Moral goda manifestada en el Fuero Juzgo. — Reconocimiento de la barragania en el Fuero Viejo, en el Fuero Real y en el Ordenamiento. — Código de las Partidas: origen y curso de la barragania: etimología de este nombre; mujeres que pueden ser barraganas; quiénes pueden tener barraganas; con qué requisito debe legitimarse el concubinato; presunción de matrimonio en caso de no ser recibida la mujer ante testigos como barragana: prohibición a las personas ilustres de tomar como barraganas mujeres viles, y razón del precepto.—Leyes posteriores, y doctrina del Concilio de Trento.—Resumen.

Antes de dar por terminada la materia que hemos comprendido bajo el título de matrimonio, creemos indispensable tratar de la unión del hombre y la mujer, que nuestras leyes han reconocido, hasta cierto punto, como legítima, llamándole barragania o concubinato: ha solido definirse «comercio lícito de un hombre y una mujer sin que medie matrimonio». No podemos menos de rechazar esta definición; no creemos que nunca haya podido calificarse esta unión de lícita, porque aunque las leyes la hayan respetado, nunca ha podido ser admitida por la sana moral, y aunque en algún texto legal se encuentre usado el adjetivo, nunca puede tomarse en toda su extensa y verdadera significación, y sí más bien en la de tolerada, o, si más se quiere, legitimada, puesto que las leyes la han permitido.

El concubinato no ha sido establecido por el derecho, ha nacido contra el derecho; en ciertas épocas ha llegado a ser muy frecuente. Los legisladores no han podido menos de considerarlo existente; y aunque opuesto a la sana mo-

ral, a nuestra sagrada religión y a los buenos principios sociales, se han visto obligados a tolerarlo y a regularizarlo, porque cuando un vicio se arraiga en la sociedad, tal vez el querer exterminarlo de frente y abiertamente produce el contrario efecto de que se aumente, y es mejor y más prudente emplear medios indirectos, que consisten en dar buen curso al torrente que no se puede contener, conduciéndolo por buen cauce, para disminuir sus perniciosos efectos, mientras, variándose las condiciones del terreno, las costumbres sociales, pueda conseguirse por completo el anhelado fin, como afortunadamente se ha conseguido, habiendo ya llegado totalmente a desaparecer esa mancha que afeaba a nuestra sociedad y que no podía menos de reflejarse en nuestro derecho.

A pesar de ser lo cierto que el concubinato no puede considerarse más que como un vicio social, su tolerancia y regularización, no sólo se ha fundado en la razón indicada, sino en otras tanto o más fundamentales, que desde luego se comprenden tomando en cuenta y combinando con esta institución las circunstancias especiales que afectaban al verdadero matrimonio. Mientras éste se consideraba perfecto con sólo la mutua oferta y mutua aceptación de los que por palabras de presente se ofrecían y aceptaban como cónyuges, y en tal concepto se juntaban carnalmente, era preciso distinguir con exquisito cuidado las uniones que constituían verdadero matrimonio de las que no lo constituían, porque supuesto había de determinarse por los hechos, indispensablemente se incurría en la necesidad de de determinar a priori la fuerza que debería concederse a los unos y a los otros para que la decisión completa y a posteriori no fuera absolutamente arbitraria. De aquí lo que se nota en toda nuestra antigua legislación: con toda claridad, con toda determinación, se expresan en ella los efectos del matrimonio solemne, del matrimonio clandestino y del concubinato. Lo mismo sucede respecto de determinar cuándo debe reputarse existente el matrimonio solemne, pero ya no así por lo que respecta al clandestino y al concubinato, pues particularmente, respecto de este

último, la legislación aparece especial y casuística. Debieron tomar en cuenta también los legisladores que el mal del concubinato, si no en todo, en parte, evitara otros mayores, como la prostitución, el adulterio y las demás diferentes formas con que suele saciarse la liviandad. Por último, no pudieron menos de considerar que en la transición del paganismo al cristianismo, del arrianismo al catolicismo, y de la mezcla de todos estos conceptos con el islamismo, venía a resultar cierta dificultad de generalización del verdadero matrimonio, que era en cierto modo preciso salvar, admitiendo la relajación de los estrictos principios por medio de la tolerancia de las uniones que no fueran sacramentales. Aunque la proposición sea aventurada, como medio de expresión nos atrevemos a decir que el concubinato en España ha sido una especie de matrimonio legítimo, en el sentido de reconocerse la unión dentro del derecho civil, mas nunca con la pureza, con la santidad que se atribuye al matrimonio sacramental.

Conforme el catolicismo se fué extendiendo y concluyendo con todas las demás ideas que le eran contrarias, el concubinato fué haciéndose más raro: hoy día, afortunadamente, podemos decir que pertenece a la Historia. Sin embargo, como su existencia es coetánea de muchas de nuestras prescripciones legales todavía vigentes, y como, por otra parte, todavía, aun estando, como está, prohibido, puede verificarse, se hace indispensable examinar todo lo que a él se refiere, tanto en el derecho canónico como en el derecho civil.

En el Fuero Juzgo se manifiesta la estricta moral del pueblo godo, hasta el punto de ser necesario rebuscar muchísimo entre sus disposiciones para encontrar alguna en la cual ni aun indirectamente se reconozca como tolerado el concubinato. Tal vez la ley que más directamente comprenda la idea es la 17, título 4.°, libro 3.°, que distingue la prostituta secreta de la pública, y tan sólo impone pena a la segunda. En el Fuero Viejo ya se encuentra reconocida la existencia de la barraganía y se conceden derechos a los hijos de semejante unión, como se ve en el título 6.° del

libro 5.º También en el Fuero Real aparecen disposiciones reconociendo la existencia de esta unión, como puede verse en la ley 3.ª, título 8.º, libro 4.º, y lo mismo se observa en la ley 2.ª, título 21, del Ordenamiento. En todos estos códigos se observa, según dejamos dicho, el reconocimiento de hecho del concubinato, su tolerancia y regularización; por consiguiente, en ninguno aparece permiso especial y directo, si bien la prohibición tampoco se consigna sino con respecto a los clérigos, y aun acerca de este punto es preciso advertir que en muchos de los fueros especiales, como en la primera parte de nuestra obra tuvimos ocasión de indicar, aparece el concubinato, no sólo tolerado, sino permitido, y hasta en el estado eclesiástico.

Pero en donde es preciso estudiarlo, porque más que en ningún otro cuerpo legal aparece en toda su extensión, es en el Código de las Partidas. En el título 14 de la 4.ª se trata especialmente la materia, y conviene mucho empezar a examinarla por su párrafo o preámbulo inicial, que dice así: «Barraganas defiende Santa Iglesia que non tengan ningun cristiano, porque viven con ellas en pecado mortal. Pero los sabios antiguos que ficieron las leyes consentieronles que algunos las pudiesen haver sin pena, porque tovieron que era menos mal de haver una, que muchas. E por que los fijos que nasciesen dellas fuesen mas ciertos.» Hasta aquí se ve resumido todo nuestro razonamiento, en cuanto en él hemos expuesto el origen y curso que ha tenido esta especie de institución. Se empieza por consignar ser el concubinato una unión vitanda, y el haber sido, sin embargo, consentida por los legisladores, sin otra razón que la de evitar mayores males. Prosigue el texto: «E pues que en los titulos ante deste fablamos de los matrimonios, e de los fijos que nascen dellos, queremos aqui decir de las barraganas, e despues mostraremos de los fijos que nascen dellas. E primeramente diremos quál debe ser rescebida por barragana. E donde tomó este nome. E quien la puede haver. E en que manera se face tal ayuntamiento como este.» Siguiendo, pues, nosotros el mismo método, y dejando para el título siguiente el hablar de los

hijos procedentes de concubinato, después de tratar de los que proceden del matrimonio, procederemos por el mismo orden indicado.

Dice la ley 1.ª: «*Ingenua mulier* es llamada en latin toda muger que desde su nascencia es siempre libre de toda servidumbre, e que nunca fue sierva. E esta atal puede ser rescebida por barragana, segund las leyes, quier sea nascida de vil linaje, ó en vil logar, ó sea mala de su cuerpo, quier non. E tomo este nome de dos palabras: de barra, que es de aravigo, que quier tanto dezir como fuera, e gana, que es de ladino, que es por ganancia; e estas dos palabras ayuntadas quieren tanto dezir como ganancia que es fecha fuera de mandamiento de Eglesia. E por ende, los que nascen de tales mugeres son llamados hijos de ganancia. Otrosi, puede ser rescebida por tal mujer tambien la que fuese forra, como la sierva.» Tenemos en esta ley determinado, y sin que creamos necesite mayor explanación, lo relativo a qué mujeres pueden ser barraganas y cuál es la etimología de este nombre; respecto a la de concubinato, manifiesto está su origen latino.

La ley 2.ª comprende los otros dos extremos, a saber: quiénes son los que pueden tener barraganas y con qué requisitos debe legitimarse el concubinato. Por lo que hace al primero, la ley, naturalmente, admitiendo la posibilidad, por regla general, procede a su determinación por el medio de establecer las excepciones, mas como en ella se mezclan dos conceptos, es preciso, por decirlo así, descomponerla, aplicando sus prescripciones a cada uno de ellos en particular. Empieza así: «Comunalmente, segun las leyes seglares mandan, todo ome que no fuese embargado de orden o de casamiento, puede hacer barragana, sin miedo de pena temporal, solamente que no la aya virgen nin sea menor de doce años, nin tal viuda que viva honesta e que sea de buen testimonio.» Desde luego se ve aquí la prohibición de que los eclesiásticos y los casados tengan barragana: los primeros, porque su misión sería sacrílega; los segundos, porque la suya sería adulterina. Pero a todos, en términos generales, se prohibe el tomar por concubina a

mujer virgen ni a la menor de doce años: lo primero, porque el acto carnal con una mujer virgen se ha considerado siempre punible, calificándolo de estupro; lo segundo, porque también se ha calificado en sentido punible de corrupción de menores, y a tanto no podía llegar la tolerancia. «Otrosi (dice la ley): Ninguno non puede tener por barragana ninguna muger que sea su parienta, nin su cuñada, fasta el cuarto grado; e esto, porque faria gran pecado, segun dicho avemos que es llamado en latin, incesto.» Resulta, pues, por regla reneral, que no pueden unirse en concubinato los que tienen impedimento para celebrar entre sí matrimonio: no juzgamos necesario detenernos más en la explanación de esta regla, porque las ligeras excepciones, o más bien modificaciones, del concepto, son notorias, y pasamos al segundo extremo de los indicados. Hemos visto que no debe ser barragana la viuda que, con notoriedad, viva honestamente, y la ley dice: «E tal biuda como esta queriendola alguno rescibir por barragana, o a otra muger que fuesse libre de su nascencia, que non fuesse virgen, develo fazer quando la rescibiese por barragana, ante buenos omes, diziendo manifiestamente ante ellos como la rescibe por su barragana. E si de otra guisa la rescibiese, sospecha cierta seria contra ellos que era su muger legitima e non su barragana. E si pleyto nasciese sobre esta razon, assi lo judgaria el juez seglar, fueras ende, si fuese provado que la oviese rescibida por barragana. Pero si fuesse otra biuda que non fuese a tal como sobredicho es, mas que fuesse de muy vil linaje o de mala fama, o fuesse judgada que habia hecho adulterio con ome que oviesse muger legitima, magüer ella fuesse suelta, a tal como esta non ha por que la rescebir por barragana ante testigos, segund sobre dicho es de la otra.» Concluye la ley diciendo: «Otrosi, ningun ome non puede haber muchas barraganas. Ca segund las leyes mandan, aquella llamada barragana, que es una sola, e a menester que sea a tal, que pueda casar con ella si quisiere aquel que la tiene por barragana.»

Del examen de estas disposiciones resulta la confirmación de lo que ya dejamos dicho respecto a la indetermina-

ción de los requisitos que deben suponerse necesarios para determinar el supuesto de la existencia o no existencia del concubinato. No cabe duda que se admitirá la afirmativa cuando entre las dos personas de que se trate no exista ninguno de los impedimentos indicados: la concubina o barragana sea una sola y viuda honesta, o mujer soltera no virgen y sí completamente libre. Es también indudable que, reunidas todas estas circunstancias, puede surgir la duda de si la unión es matrimonio o concubinato, y naturalmente surgiría, mientras no se determinó la solemnidad constitutiva del verdadero matrimonio, si cualquiera de los dos sostenía que había habido esponsales de presente seguidos de la cópula y el otro lo negaba; y he aquí la razón por la cual la ley aparece indeterminada y a manera de amonestativa, declarando que cuando la unión se refiere a personas en quien concurren las circunstancias manifestadas, el varón debe declarar, ante hombres buenos, el concepto en que se une a la mujer, pues de otro modo incurrirá en sospecha cierta de haber contraído verdadero matrimonio y no vivir en concubinato. Desde luego se comprende la fuerza y razón de este precepto legal. Siempre que sea necesario calificar un hecho, debe adoptarse la calificación más conforme a derecho, a la moral y buenas costumbres, habiendo, pues, de determinarse: si una unión es concubinato o matrimonio, debe optarse por lo segundo, a no ser que otros supuestos concurrentes demuestren lo contrario; el que la ley determina como suficiente es la manifestación de varón ante testigos al tiempo de la unión: si ésta no existe, no rechaza otros medios, pero admite ya que haya sospecha, y cierta, para decidir en favor de lo más moral, de lo más jurídico.

Resulta, pues, que la concurrencia de los testigos era tan sólo necesaria para determinar el concepto de si la unión debe tenerse por concubinato o por matrimonio, pero para que el concubinato exista, sólo se requiere el hecho de estar unido el varón a una sola mujer, con la cual pueda contraer matrimonio, y esto hasta tal punto, que cuando en la mujer concurran condiciones que remuevan

la suposición de que la unión se haya verificado en concepto matrimonial. como si fuese de vil linaje o de mala fama, o hubiese cometido adulterio con hombre casado, aunque viva con otro hombre, la unión se calificará de concubinato y no de matrimonio. Otro precepto comprende la ley, tomado del derecho romano, más del público administrativo que del civil y económico, y que se reduce a que los que ejerzan autoridad en las provincias no puedan casarse con mujeres naturales de las mismas, pero sí, si no tienen mujer legítima, tomar barragana.

La ley 3.ª y última del mismo título prohibe que las personas ilustres y constituídas en altas dignidades tomen por barraganas mujeres viles. Da por razón la de que no se mezcle la sangre de los hombres con la de las mujeres difamadas; encuentran algunos tacha que oponer a esta disposición legal, suponiendo que no hay por qué enaltecer el concubinato hasta el punto a que lo eleva esta ley, pero tal vez los que así juzgan no miran las cosas desde su verdadero punto de vista. Considerado el concubinato a través de las ideas que hoy rigen, la observación es exacta, pero de ella no resulta tacha contra una ley dada en tiempo de Alfonso el Sabio, y que, por poco que en ella se pare la atención, se encontrará perfectamente armónica con las ideas y costumbres de aquella época. Si una de las razones para legitimar el concubinato, a pesar de reconocerse que lo rechazaba la religión, fué por que «los fijos que nascieren fuessen mas ciertos»; si todo el conato del legislador se reducía a regularizar el vicio, ya que no podía combatirlo de frente, natural y lógico era procurar que sus efectos resultaran lo menos perniciosos posible, y, por consiguiente, que ya que no podía evitarse que las personas ilustres tuvieran concubinas, ni de que de estas uniones resultara prole, se tratara de conseguir que los hijos no tuvieran, además de la tacha de no ser legítimos, la de deber su existencia a mujeres viles e infamadas, pues por tales se reputaban entonces las que se comprenden en la prohibición de la ley. No es, por lo tanto, prudente tachar una disposición legal tan sólo porque aparezca odiosa al mirarla bajo un

punto de vista conocidamente distinto del que la consideró el legislador. Tal vez se quiera replicar que porque se prohibía entre esas personas el concubinato, cuando entre las mismas o a lo menos, con referencia a la mayor parte de las comprendidas en la prohibición, no estaba prohibido el matrimonio: la contestación es muy obvia. En primer lugar, si por medio de un exquisito análisis se va examinando la materia, se encontrará que es falso el supuesto, y que lo cierto es que las personas ilustres, que los nobles, ya directa, ya indirectamente, tenían prohibido el matrimonio con esas clases de mujeres con quienes se les prohibe el concubinato. Creemos innecesario la completa justificación de este aserto, y como tendría que ser muy larga, la excusamos. Por otra parte, y aunque la indicada se nos quiera negar, existe otra razón suficiente para justificar la prescripción legal. La santa unión matrimonial, por su misma santidad, purga el vicio, la mala nota, la tacha que pudiera afectar a la mujer, que por el matrimonio se hace de la condición del marido: no sucede así en el concubinato; y como la diferencia debía reflejarse en la prole, aunque no existiera otra razón, esta debía bastar para tenerse por justificada la distinción y la diferencia.

Con lo expuesto hasta aquí puede comprenderse cuáles eran la extensión y límites legales del concubinato en el siglo XIII; con posterioridad se dictaron leyes imponiendo pena a los casados que tuvieran mancebas, prohibiendo el tenerlas a los clérigos, mas nunca se llegó a castigar por el poder temporal esta unión, cuando se verificaba entre personas libres, sin impedimento ni vínculo que la contradijera, como puede verse examinando las leyes del título 26, libro 12, de la N. R. La primera disposición directa, terminante, prohibiendo el concubinato de un modo absoluto, y, por consiguiente, extensivo a toda clase de personas, es la que se encuentra en el capítulo 8.º, Sección 24.ª, *De Ref.*, del Concilio de Trento, que dice así: «Grave pecado es el que los solteros tengan concubinas, pero es mucho más grave, y cometido en notable desprecio de este grande Sacramento del matrimonio, que los casados vivan

también en este estado de condenación, y se atrevan a mantenerlas y conservarlas algunas veces en su misma casa, y aun con sus propias mujeres. Para ocurrir, pues, el Santo Concilio con oportunos remedios a tan grave mal, establece que se fulmine excomunión contra semejantes concubinarios, así solteros como casados, de cualquier estado, dignidad o condición que sean, siempre que, después de amonestados por el Ordinario, aun de oficio, por tres veces, sobre esta culpa, no despidieren las concubinas y no se apartaren de su comunicación, hasta que, efectivamente, obedezcan a la corrección que se les haya dado. Y si, despreciando las censuras, permanecieren un año en el concubinato, proceda el Ordinario contra ellos severamente, según la calidad de su delito. Las mujeres, o casadas o solteras, que vivan públicamente con adúlteros o concubinarios, si, amonestadas por tres veces, no obedecieren, serán castigadas de oficio por los Ordinarios de los lugares con grave pena, según culpa, aunque no haya parte que lo pida, y sean desterradas del lugar, o de la diócesis, si así pareciere conveniente a los mismos Ordinarios, invocando, si fuese menester, el brazo secular, quedando en todo su vigor todas las demás penas fulminadas contra los adúlteros y concubinarios.» Esta determinación canónica pasó a ser parte de nuestro derecho patrio al declarar Felipe II, por su real cédula de 12 de julio de 1564, ley 13, título 1.°, libro 1.°, de la N., que todo lo decretado por el Concilio de Trento fuera observado y guardado en España como si fuera ley del reino. Posteriormente, en las Reales órdenes de 22 de febrero de 1815 y 10 de marzo de 1818 se recordó la prohibición de los amancebamientos de personas solteras, imponiendo a los contraventores penas pecuniarias y reclusiones en establecimientos de beneficencia u otros por el estilo, siendo de notar que el Código penal no impone pena ninguna contra el concubinato de personas libres, que por consiguiente, y conforme a su art. 1.°, semejante unión no está calificada de delito, y que, conforme al art. 362 (1), el

(1) Art. 452 del Código vigente.

marido que tuviere manceba dentro de la casa conyugal o fuera de ella, con escándalo, será castigado con la pena de prisión correccional. La manceba será castigada con la de destierro.

Resulta, en definitiva, que el concubinato, tal como debe comprenderse en su idea estricta, estuvo permitido hasta la ley de Felipe II; que desde entonces está prohibido; que por las reales órdenes citadas se trató de reprimir por medio de penas leves; que éstas han quedado abolidas por el Código penal; que en la actualidad, aunque prohibido y sujeto a las penas eclesiásticas, no puede considerarse delito sino cuando resulte calificado, por referirse a hombre casado y con las circunstancias prescritas en el citado artículo del Código. La Iglesia, en esto como en otras muchas cosas, se ha puesto a la cabeza de la verdadera civilización: la permisión, la tolerancia del concubinato era una verdadera mancha de las costumbres sociales; se admitía, sin embargo, como precaución de mayores males. Podía, en verdad, disminuir la prostitución, podía ser causa de que no se atentara contra lo sagrado del vínculo conyugal, podía producir la certeza de la prole, mas aun reconociéndosele estas ventajas, indudablemente tenía la contra de ser una institución que disminuyera la propensión al verdadero matrimonio, porque encontrando el hombre un medio legal para saciar su apetito, sin gran menoscabo de su prole, y con la ventaja, aunque falsa, de poderse desceñir del vínculo que con la mujer contraía, fácilmente incurría en el concubinato huyendo del matrimonio. La Iglesia, pues, por medio de sus dulces preceptos, ha dirigido las costumbres, y el derecho civil, aunque hasta ahora no se ha atrevido a sancionar con pena la prohibición, la tiene aceptada; de modo que ya podemos decir que, aunque el concubinato no sea un delito, es un hecho ilícito, reprobado y prohibido.

TÍTULO II

De los efectos civiles del matrimonio.

Carácter de sociedad del matrimonio, considerado civilmente. — Sociedad legal o conyugal.—Jefatura de la misma. — Distinción entre los derechos y obligaciones afectantes a las personas y a las cosas.

El matrimonio, considerado civilmente, es una sociedad que, como todas las civiles, tiene por causa la convención, porque todas son contratos; de modo que, lo mismo que al considerarlo como sacramento, el supuesto fundamental de la unión viene a refundirse en el consentimiento. La sociedad matrimonial, sin dejar de ser convencional, se llama legal, significándose con esta denominación técnica que las leyes determinan de un modo perceptivo las condiciones esenciales de esta misma sociedad, establecen las naturales y dejan a la libre disposición de los contrayentes las puramente accidentales. Acerca de las primeras no cabe modificación por pacto, mucho menos negación: si no existen tales cuales el derecho las exige, por faltar su esencia, faltará la cosa misma, dejará de existir el matrimonio: Acerca de las segundas podrá pactarse, y deberán observarse los pactos, pero si nada se estipula, se considerarán consentidas y comprendidas en la convención de la manera que las leyes las explican en todos sus efectos. Por lo que hace a las terceras, sólo regirán conforme se hayan estipulado.

La sociedad conyugal, como todas las sociedades, necesita tener una cabeza, un jefe en quien se refunda la personalidad jurídica, que dirija y determine todos los asuntos en lo interior y que la represente en lo exterior. Esto, por ser necesario, es esencial, y el derecho divino y humano han establecido que el jefe sea el marido: en él, pues, residen las atribuciones de gobierno, dirección y representación de la sociedad. Pero a la par pesan sobre él graves obligaciones, también impuestas por el derecho en justa compensación de las que afectan a la mujer por tener que estar sujeta a la jefatura del marido. Todo lo que se comprende en estas generales indicaciones puede dividirse, y conviene dividirlo, para su explicación, en dos conceptos, refiriendo al primero lo concerniente a los derechos y obligaciones que afectan a las personas, y en el segundo a los que tienen relación con las cosas; así lo haremos por el orden indicado.

CAPÍTULO PRIMERO

De la sociedad conyugal en lo referente a las personas (1).

La jefatura de la sociedad conyugal corresponde al hombre por derecho natural.— Textos del Antiguo Testamento que corroboran la idea. — Criterio del derecho romano y del visigodo. — Leyes de Partida sobre las relaciones sociales entre marido y mujer. — Extensión del poderío del marido y su limitación por los derechos de la mujer, conforme a las Leyes de Toro. — Necesidad de su examen en conjunto.—Verdadero alcance de las leyes 54 y 55, relativas a la aceptación y reproducción de herencia, celebración de contratos y comparecencia en juicio de la mujer.—Resultancia del examen conjunto de las leyes 56 y 58, concernientes a la herencia general marital y a la ratificación, por el marido, de lo hecho por la mujer sin ella. — Licencia judicial supletoria por negativa del marido, según la ley 57.—Licencia judicial en caso de ausencia, con arreglo a la ley 59.—Contratos entre cónyuges. — Proposición de que entre sí no pueden contratar. — Facultad del marido de determinar el domicilio de la sociedad, y consiguiente obligación de la mujer de seguir al marido. — Excepciones al principio por causa de pena, de peligro, enfermedad o de traslado a Ultramar. — Facultades y obligaciones del marido respecto a la sociedad. — Facultad de administrar su hacienda y la de su mujer, siendo el marido mayor de diez y ocho años. — ¿A quién corresponde la administración cuando es la mujer mayor de edad? — Contenido del concepto de administrar. — Si comprende la facultad de enajenar. — Si debe disfrutar del beneficio de restitución *in integrum* el casado mayor de diez y ocho años y menor de veinticinco y la mujer mayor de veinticinco y casada con varón que no los ha cumplido.

La indicada jefatura del marido no puede menos de reconocerse como de derecho natural, porque siendo necesaria y teniéndose que atribuir a uno de los dos consortes, la razón natural basta para determinar que corresponde al que por naturaleza es más fuerte; y contradictorio sería que el hombre, en quien reside la fuerza, y que, por lo mismo, debe suponerse creado para la mayor actividad, se su-

---

(1) Arts. 56 a 66 del Código civil.

jetara a la mujer, que hasta por su contextura física indica más inclinación a la quietud, menos energía y, por consiguiente, más facilidad para sufrir sin violencia la dominación a que, por la misma necesidad, tiene que estar sujeta.

Pero, por si no bastaba el derecho natural, la encontramos a todas luces determinada en el derecho positivo: vemos en él que, por el mismo orden de la creación, Dios concedió la preferencia al varón, y que la mujer fué creada de carne y hueso del hombre. Muchos son los textos del Antiguo Testamento que, más o menos directamente, vienen en corroboración de la idea: prolijo y cansado sería exponerlos, y preferimos acudir a las Epístolas de San Pablo. Dice en la primera a los Corintios, capítulo XI: «Quiero que sepáis que Cristo es la cabeza de todo varón: y el varón la cabeza de la mujer: y Dios la cabeza de Cristo.» En la a los Efesios, capítulo V: «Las mujeres están sujetas a sus maridos, como al Señor: porque el marido es cabeza de la mujer, como Cristo es cabeza de la Iglesia, de la que él mismo es Salvador, como de su Cuerpo. Y así como la Iglesia está sometida a Cristo, así lo estén las mujeres a sus maridos en todo. Vosotros, maridos, amad a vuestras mujeres, como Cristo amó también a la Iglesia y se entregó asimismo por ella.» En la a los Colosenses, capítulo III: «Casadas, estad sujetas a vuestros maridos, como conviene, en el Señor. Maridos, amad a vuestras mujeres, y no seáis desabridos con ellas.» Por manera que la jefatura del marido se ve completamente determinada por el derecho divino, natural y positivo.

Por lo que hace a lo humano, en el antiguo romano la mujer estaba de tal modo constituída bajo la potestad del marido, que venía a ser considerada como la primera de sus hijas, o más bien una de las hijas de su familia; nunca ejercía la patria potestad: de la de su padre, al casarse, pasaba a la del marido, y si se le concedía el nombre de *máter familias,* era tan sólo para significar su estado cuando, por no tener padre ni marido, no estaba sujeta a ninguna de las dos jefaturas, como más adelante tendremos

ocasión de explanar. En el moderno, o Justiniano, aunque en algo se extendieron sus atribuciones, se conservaron sustancialmente los mismos principios. En nuestra legislación visigoda, y en la que más directa emanó de ella, se observa acerca de esta materia una grande indeterminación. Las leyes, por decirlo así, sin consignarla, sin preceptuarla, suponen la jefatura del marido: parece como que consideran suficiente al efecto la razón natural y las prescripciones del derecho divino positivo; de modo que, sin sentar el principio, admiten sus consecuencias. Natural era que los legisladores así procedieran. Durante el período godo, como ya hemos tenido ocasión de observar, tuvieron aquellos legisladores que procurar la amalgama de aquellos dos pueblos de tan distinto origen, de tan distinta religión y costumbres: uno de los medios de conseguir el fin anhelado era el facilitar los matrimonios: lo que a la raza goda hubiera parecido natural y conforme a sus creencias y costumbres, se hubiera tomado con repugnancia por la raza romana, y, al contrario, una mujer goda no podía menos de rechazar la condición de la mujer romana, difícilmente hubiera consentido un godo entregar su hija a un hombre en el concepto que lo hacía un romano: lo prudente era que las leyes preceptuaran menos y dejaran más a la convención; así, pues, lo hicieron aquellos sabios legisladores.

En la legislación alfonsina claramente se ve que, respecto de esto como de todo lo demás, se prefirió a la goda la doctrina romana; muchas son también las leyes que podríamos citar en comprobación de esta verdad, y de que efectivamente tendremos que hacernos cargo en el curso de nuestro trabajo; a nuestro propósito, por ahora creemos que basta la 5.ª, título 2.º, Partida 3.ª, que dice así: «Marido e muger son una compaña que ayuntó Nuestro Señor Dios, entre quien debe siempre ser verdadero amor e gran avenencia. E por ende tovieron por bien los sabios antiguos que los maridos usen los bienes de sus mugeres e se acorriessen dellos, quando les fuesse menester. E otrosí, que gobernassen ellos a ellas, e que les diessen aquello que les convenia, segund la riqueza e el poderio que oviesen. E ma-

güer que acaesciesse que el uno tomasse de las cosas del otro, que aquel a quien fuessen tomadas non le podiesse fazer demanda por ellas en juycio, como por razon de fuerza, nin él nin sus herederos. Mas tovieron por bien e por derecho, quel podiesse demandar que le tornasse aquello que le habia tomado de lo suyo a sin razon, o le fiziesse emienda de otro tanto. E otras demandas non se deben mover, de que les naciesse denuesto o mala fama o porque oviesen de recebir pena de justicia en los cuerpos, en quanto durante el matrimonio. Fueras ende, si fuesse en razon de adulterio, que alguno dellos fiziesse, o sobre razon de traycion que fiziesse alguno de ellos contra el Rey, o contra su Señorio; ca en tales cosas como estas sobredichas, quando nasciessen entre ellos, bien se pueden demandar en juyzio para aver derecho.»

En esta ley se encuentra, por decirlo así, el germen y síntesis de todas las relaciones sociales entre marido y mujer, de modo que por ella puede determinarse a lo menos en lo sustancial la jefatura del marido, al par que sus obligaciones en favor de la mujer. La 7.ª, título 2.º, Partida 4.ª, de la que ya nos hemos hecho cargo en el título anterior para examinar la mayor parte de sus disposiciones enumerando los efectos del matrimonio, dice: «E aun ha otra fuerza el casamiento, segun las leyes antiguas, que magüer la muger fuesse de vil linaje, si casare con Rey, devenla llamar Reyna, e si con Conde, Condesa; e aun despues que fuere muerto su marido, la llamaran assi, si non casare con otro de menor guisa. Ca las honrras, e las dignidades de los maridos han las mugeres por razon dellos. E sobre todas las otras honrras que las leyes otorgan a las mugeres por razon dellos, esta es la mayor, que los fijos que nascen dellos biviendo de consuno con sus maridos, que son tenidos ciertamente por fijos dellos, e deben heredar sus bienes. E por esso los deben honrrar, e amar, e guardar sobre todas las cosas del mundo, e ellos otrosi a ellas.» Si al considerar el matrimonio como vínculo sagrado, y por lo mismo como comprendido en la materia teológica y canónica, hemos visto que los cónyuges,

sin dejar de poder ser dos, llegan a confundirse en uno, por la disposición legal que ahora examinamos vemos que viene a establecerse, en todo lo referente al derecho civil, la misma unificación, y en ella la preeminencia del marido, puesto que su condición adquiere la mujer, y no al contrario. Tenemos, por lo tanto, sin que creamos necesario acudir a más latas explicaciones, lo suficiente para comprender las relaciones recíprocas que por el Código de las Partidas se establecen entre marido y mujer en lo referente a las personas y la jefatura que entre ellas siempre resalta en favor del marido.

Pero no dejaba de resultar cierta confusión en nuestro derecho, nacida naturalmente de las diferentes máximas que reconocía la legislación goda, en contraposición de la romana, seguida en el Código alfonsino: esta misma confusión se aumentaba con el cúmulo de códigos especiales de la Edad Media, y a remediar el mal acudieron los legisladores de Toro, estableciendo, de un modo a la verdad admirable, la extensión del poderío del marido y su limitación por medio de la declaración de los derechos de la mujer. A las leyes, pues, de Toro tenemos que acudir para poder llegar a fijar las máximas y preceptos que rigen la materia en que nos estamos ocupando, pues en ellas, y en las que con posterioridad se han sancionado, la encontraremos perfecta y completamente determinada.

Dice la ley 54 de Toro, 10, título 20, libro 10 de la N. R.: «La muger, durante el matrimonio, no pueda, sin licencia de su marido, repudiar ninguna herencia que le venga ex testamento ni abintestato, pero permitimos que pueda aceptar sin la dicha licencia cualquier herencia ex testamento e abintestato con beneficio de inventario y no de otra manera.» Y dice la ley 55, 11, título 1.º, libro 10 de la N.: «La muger, durante el matrimonio, sin licencia de su marido, como no puede hacer contrato alguno, assi mismo non se pueda apartar ni desistir de ningun contracto que a ella toque, ni dar por quito á nadie dél, ni pueda hacer casi contracto, ni estar en juycio faciendo, ni defendiendo sin la dicha licencia de su marido, e si estobiere

por si o por su procurador, mandamos que no vala lo que ficiere.»

Objeto de varios y largos comentarios por muchos y eminentes jurisconsultos que han lucido su espíritu analítico y afán casuístico han sido las disposiciones comprendidas en estas dos leyes: al que quiera engolfarse detenidamente en su estudio, puede servir de guía el Sr. Llamas y Molina, que, como el último de los clásicos, cita a todos sus anteriores. El trabajoso examen de todo lo que se ha dicho excedería en mucho los límites en que debe comprenderse nuestra obra; el quererlo compendiar sería expuesto a desfigurarlo, y como siempre tendríamos que venir a parar en fijar nuestra opinión, preferimos hacerlo así sencillamente, empezando por sentar una idea propia nuestra, en la que, sin embargo, y aun con temor de que se nos trate de jactanciosos, creemos que puede fundarse la razón de por qué ha sido tan penoso, y tal vez tan poco fructuoso, el trabajo de los comentadores de las leyes de Toro. Todos han ido examinando ley por ley, buscando sus antecedentes, escudriñando su espíritu y acudiendo a determinar los casos de su aplicación, y esto siempre sin salirse de la ley que especialmente consideran. Nosotros, por el contrario, creemos que la legislación de Toro no puede dividirse por leyes, sino que tiene que dividirse por materias, y que, en cada una de las materias, las leyes que a ellas se refieren están tan unidas entre sí, no sólo en los conceptos, sino hasta en la redacción material, que es imposible comprenderlas, como no se examinen en su conjunto. Son, por decirlo así, no diferentes leyes, sino distintos artículos de una misma ley, como se verificaría en el sistema moderno.

Tomando por base este nuevo sistema, por el cual y a propósito de él hemos copiado unidas las leyes 54 y 55, ¿qué es, en verdad, lo que de ellas resulta? La determinación de la necesaria jefatura del marido y la consecuencia legítima de que, estando a cargo del mismo la procura, la custodia y guarda de todos los intereses de la sociedad, no es lícito a la mujer, como individuo de ella, hacer nada, no sólo que los perjudique, sino que pueda perjudicarlos.

Por esto en la ley 54 se prohibe a la mujer, sin licencia de su marido, repudiar ninguna herencia que la venga ex testamento ni abintestato, y se le permite, sin la dicha licencia, aceptar cualquiera herencia ex testamento e abintestato, con beneficio de inventario y no de otra manera. El repudiar una herencia, indudablemente puede perjudicar a la sociedad; por eso no puede hacerlo la mujer sin licencia del jefe, del encargado de la guarda de los intereses de la misma sociedad; pero la aceptación de la herencia a beneficio de inventario, como, axiomáticamente, se reconoce en derecho que a nadie perjudica, no puede ser perjudicial a la mujer ni a la sociedad en que está constituída, y por eso puede hacerlo sin licencia del marido, que nunca resultará perjudicado, y siempre en posición de estar a lo beneficioso y no a lo perjudicial. La mujer, durante el matrimonio, no puede hacer contrato alguno, según la ley 55, sin licencia de su marido, y asimismo no puede desistir del que tuviera hecho, ni dar por quito a nadie dél, y la razón es la misma: al celebrar un contrato, se obliga; al obligarse, no hay necesidad de suponer que perjudica, sino que puede perjudicar a la sociedad. La misma consideración resalta en el supuesto de separarse de un contrato o relevar a otro de la obligación que a su favor tenía contraída: sin permiso, por lo tanto, del jefe, del superior de los intereses de la sociedad, no es lícito a la mujer incurrir en ninguna de las dos posibilidades, exposiciones de perjuicio. Idéntico es el fundamento de la prohibición de casi contraer, porque también de los casicontratos pueden resultar perjuicios, y en el modo sencillo y filosófico de redactarse la ley se expone el precepto y el ejemplo: la adición de la herencia es un casicontrato, de cuya obligación se salva el heredero aceptándola a beneficio de inventario, y no de otra manera, dice la ley. El entrar en juicio como demandante o demandado constituye otro casicontrato, que, por cierto, no tiene excepción como la que hemos notado respecto de la admisión de herencia; y he aquí la admirable precisión que resulta de considerar las dos leyes en su conjunto: sobre el primero de los dos casicontratos

se admite la natural excepción; la prohibición sobre el segundo es absoluta.

Siguiendo nuestro sistema, vamos a examinar la ley 56, 12, título 1.°, libro 10 de la N., que dice así: «Mandamos que el marido pueda dar licencia general a su muger para contraer y para hacer todo aquello que no podia hacer sin su licencia, y si el marido se la diere, vala todo lo que su muger ficiere por virtud de la dicha licencia.» Y saltando por encima de la 57, de la que después nos ocuparemos, la 58, 14, título 1.°, libro 10 de la N., está comprendida en estos términos: «El marido pueda ratificar lo que su muger oviere fecho sin su licencia, no embargante que la dicha licencia no haya precedido, ora la ratificacion sea general o especial.»

La 56 es tan clara en su exposición, tan lógica y consecuente con todos los principios, que nada necesita para su cabal inteligencia, y sólo sí hay que advertir que, pudiendo ser la facultad concedida por el marido a la mujer general o especial, para determinar sus facultades será preciso atenerse con exquisito rigor a los términos en que aparezca concedida, reputándose nulo todo lo que resulte hecho con exceso de la concesión. Claro es, por consiguiente, que si el poder se refiere a la simple administración, si bien, por ejemplo, se considerará extensivo a la enajenación de frutos, a la celebración de contratos de arrendamiento y a todo lo que se comprende en la idea de administrar, no deberá reputarse bastante para enajenar bienes sitos, ni aun muebles preciosos, ni para imponer gravámenes sobre los unos o sobre los otros; en una palabra, para nada de aquello que por el simple buen sentido se decide que sea necesaria la facultad especial. La 58 necesita, en su examen, alguna mayor detención. Hemos dicho que a la mujer no es lícito hacer nada, no sólo que perjudique, sino que pueda perjudicar los intereses sociales, según las leyes 54 y 55; vemos por la 56 que el marido puede dar licencia a la mujer para hacer lo que por esas mismas leyes le está vedado, y que todo lo que de ello haga con la licencia es válido y eficaz. La 58 determina que aunque

la mujer haya obrado sin licencia del marido, y, por consiguiente, sin dar eficacia a sus hechos, la tendrán, si el marido lo ratifica, ora la ratificación sea general, ora especial, es decir, para que sea eficaz y valedero lo que hace la mujer, es preciso que el marido consienta en ello, pero el consentimiento puede ser anterior o posterior: el primero, en el lenguaje de que usan estas leyes, se llama licencia; el segundo, ratificación; y con esto admirablemente se determina todo lo que puede comprenderse en la materia, resolviéndose las que los autores han presentado como graves cuestiones, y que giran todas alrededor del eje de si la mujer puede hacer, sin licencia del marido, aquello que le produzca utilidad. Y a la verdad, ¿cómo es posible suponer, dentro de lo lícito y honesto, que si la mujer hace algo que le sea beneficioso no ha de ser ratificado por el marido? ¿Qué es, pues, lo que resulta del examen, en conjunto, de estas leyes? Una cosa muy equitativa, sencilla, clara y natural: todo el que trate, contrate, o cuasicontrate, con una mujer casada, sin licencia del marido, debe obrar en la suposición de que sólo el trato, contrato o cuasicontrato será válido, si es beneficioso a la mujer, y que la determinación del supuesto queda a la voluntad del marido, y justo, lógico y natural es el concepto, considerando que el que así procede lo hace con conocimiento de que contrata, o cuasicontrata, con una persona constituída en una sociedad que tiene un jefe, un director y guardador de los intereses de la misma sociedad, sin cuyo consentimiento no puede ser perjudicada.

Pero si todo esto se comprende dentro de lo lícito y honesto, si en esta consideración no puede suponerse que el marido deje de prestar su consentimiento por licencia o ratificación, cuando el negocio es beneficioso a la mujer, es preciso también tomar en cuenta la posibilidad del abuso, y a evitarlo viene la ya indicada ley 57,13, título 1.º, libro 10 de la N., que dice así: «El juez, con conoscimiento de causa legitima o necesaria, compela al marido que dé licencia a su muger para todo aquello que ella no podria hacer sin licencia de su marido, e si compelido no gela die-

re, que el juez solo gela pueda dar.» De este modo se circunscriben las atribuciones del marido a sus verdaderos límites, extendiéndolas a todo lo beneficioso y coartándolas tan pronto como pueden ser perjudiciales. La determinación del supuesto en su verdadera distinción se encomienda, como no puede menos de encomendarse, al recto criterio de la autoridad pública judicial, que con conocimiento de causa, y cuando la juzgue legítima o necesaria, debe compeler al marido a que permita a su mujer realizar lo que puede serle beneficioso, y si a ello se niega, el juez suple su consentimiento. Han disputado algunos sobre la extensión de los medios de apremio que el juez debe emplear, sosteniendo que sean los de multa pecuniaria y aun reclusión. Todo lo que sea violento debe evitarse, y sólo usarse en lo puramente necesario, mucho más en materias tan delicadas. La pena pecuniaria afectaría al marido y también a la mujer; la prisión o reclusión sufrida por causa de la mujer podría irritarlo y dar motivo a desvíos que llegaran hasta el odio; y como para el cumplimiento del precepto legal basta el simple mandato judicial, el cual, si no se cumple, puede ser subsanado con su natural suplemento del permiso judicial, creemos que con esto basta, y esta es la constante práctica que hemos observado.

Además del abuso, puede sobrevenir otra causa que llegue a perjudicar los intereses de la mujer, cual es la de imposibilidad de que el marido preste su consentimiento en el negocio de que se trate y con la urgencia que el caso requiera. A obviar este inconveniente viene la ley 59,15, título 1.º, libro 10 de la N., que dice así: «Cuando el marido estuviere absente y no se espera de proximo venir, o corre peligro en la tardanza, que la justicia con conoscimiento de causa, seyendo legítima, o necesaria, o provechosa a su muger, pueda dar licencia a la muger là que el marido le habia de dar, la qual ansi dada vala, como si el marido se la diese.» Es claro, y además expresamente consignado se encuentra en la ley, que en los supuestos a que la misma se refiere, el juez ha de obrar con pleno conocimiento de causa legítima que determine el concepto de ser el negocio

de que se trata beneficioso a la mujer. Los autores han tratado de llegar a determinar cuáles pueden ser las justas causas y cuándo deberán reputarse justificadas: el más riguroso análisis, el casuísmo más lato, llegan a ser impotentes al objeto; por consiguiente, la determinación del supuesto, por necesidad tiene que encomendarse al prudente arbitrio judicial. La ley toma como por fundamento la ausencia del marido, que no se espere su pronto regreso o que se corra peligro en la tardanza: indudablemente, deberá extenderse su aplicación al caso de enfermedad, de demencia o cualquier otro motivo que justifique la imposibilidad de que el marido intervenga en el negocio, pues todo lo favorable, y no hay duda que lo es la determinación legal, a la mujer, a la sociedad conyugal, y, por consiguiente, al marido, debe ser interpretado extensivamente. Es, sin embargo, preciso advertir que el juez debe proceder con exquisito cuidado y distinción de los casos en que, por imposibilidad de que el marido intervenga en los negocios, tenga, en efecto, que autorizar a su mujer, porque como ya antes hemos indicado, al hablar de cuando la autorización procede del marido, debe tenerse muy en cuenta la diferencia de los poderes generales a los especiales, y como el juez, en los supuestos en que estamos ocupándonos, lo único que hace es lo que el marido, si pudiera, haría, y con más limitación, puesto que su intervención como supletoria no debe reputarse con igual extensión de libertad, distinguiendo si las facultades que concede son las de general administración, debe limitarlas a las que únicamente se comprenden en el concepto; de modo que para las que de él se salen, como, por ejemplo, la de enajenar bienes sitos o muebles preciosos, deberá exigir siempre justificación de causa especial.

Del examen de estas leyes nos resulta la determinación de las facultades que al marido competen en administración de todos los bienes sociales, fijando su extensión y limitación. Pero todavía hay que examinar otro punto, que si bien comprendido en los mismos supuestos, merece particular atención. Todos los textos legales que hasta ahora

hemos examinado se refieren a la prohibición de que la mujer, por regla general, pueda realizar con validez acto ninguno que pueda redundar en perjuicio de los intereses sociales, es decir, que le está prohibido el tratar y contratar con los extraños, a no ser que en ello consienta su marido, o se supla este consentimiento por la pública autoridad. Mas todavía falta examinar las facultades de los cónyuges para contratar entre sí. Materia es esta algún tanto complicada y de difícil examen, por la sencilla razón de que no se encuentran disposiciones legales que directamente la determinen en sentido general, y porque las especiales de las cuales pueden deducirse las consecuencias doctrinales, como referentes, por su misma índole, a materias también especiales, no pueden ser examinadas sino como partes de aquella a que corresponden, según tendremos que hacerlo cuando particularmente de ellas nos ocupemos.

No obstante, y sin temor, puede aventurarse, desde luego, la proposición de que los cónyuges entre sí no pueden contratar fundándola o deduciéndola de los mismos principios expuestos y ya comprobados. Para que cualquiera contratación sea valedera y no deba admitirse vicio que destruya su eficacia, es preciso que entre los contratantes exista completa igualdad de recíproca posición como base absolutamente necesaria para la perfecta libertad, sin la cual el acto no puede reputarse voluntario. La falta de esta igualdad resalta a la simple consideración de que, durante el matrimonio de los dos individuos que constituyen la sociedad, el uno necesaria y legalmente se encuentra revestido de una jefatura que necesariamente tiene que producir la sumisión a qué debe sujetarse el otro. La mujer, para contratar, necesita licencia de su marido, sin que quepa el medio de que se subsane la falta por la autoridad pública, pues éste tan sólo tiene lugar cuando el marido está imposibilitado para conceder o negar la licencia. Nada distingue las leyes que este punto determina sobre si sus prescripciones se concretan a los casos en que la mujer contrate con extraños o si se extienden a los en que contrate con su marido, pero por lo mismo que sin distincio-

nes ponen su precepto, debe generalizarse y entenderse en él comprendidos los dos conceptos. Si, pues, la mujer, para contratar con su marido, necesita que él mismo la autorice, precisamente hay que admitir: o que en el acto del contrato implícitamente se contiene la autorización, o que sea preciso que explícita y separadamente se consigne. De cualquier modo resultará que el ejercicio de la voluntad de uno de los contratantes dependa de la del otro, y esto abiertamente repugna a todos los principios, axiomas y máximas por los cuales se rige y determina la materia de los contratos, jurídicamente considerados. Por otra parte, y si se quiere, llevando la cuestión a más elevada esfera, hemos repetido varias veces que la sociedad conyugal, canónica y civilmente considerada, es de tan especial índole, que, sin embargo de no poderse menos de considerar la dualidad, viene a refundirse en la unidad, porque los cónyuges son dos en una misma carne y llegan a formar una sola personalidad jurídica; no puede, por lo tanto, admitirse contrato entre ellos, porque la idea aparecería en abierta contradicción con el principio de que el contrato es convención, de que para ésta es preciso que concurran los consentimientos de dos o más personas; en una palabra, el supuesto de que los dos cónyuges contraten se presenta en abierta oposición al axioma de que nadie puede contratar consigo mismo (1).

Cuando especialmente nos ocupemos de cómo las leyes prohiben el que la mujer afiance por su marido y las donaciones entre los cónyuges, veremos comprobada nuestra proposición, y al tratar de la facultad que a la mujer se concede de renunciar los gananciales, tendremos ocasión de examinar si esto puede considerarse o no como excepción de la regla general. Nos proporcionará también medios de explanar la materia en el examen de todo lo concerniente a las atribuciones del marido respecto de administrar los bienes sociales y disponer de todos sus

(1) Véase la glosa 3.ª a la ley 5.ª, título 11, Partida 4.ª

productos, que será la materia del capítulo siguiente, bastándonos, por ahora, hacer esta indicación, en la que, desde luego, se comprende la idea de procurar el debido orden para no confundir unas cosas con otras y para no tratar de ninguna a medias, dejando el exponerlas con la debida explanación y cada una para su respectivo lugar.

Otra de las atribuciones del marido, y que no puede menos de deducirse de su jefatura, consiste en la facultad de determinar el domicilio de la sociedad que produce la correlativa obligación en la mujer de seguirle al punto a que quiera trasladarse. No puede menos de ser así, porque, de lo contrario, habría que conocer que la divergencia de opinión en este punto tendría que admitirse como suficiente causa de separación de los cónyuges, repugnando semejante consecuencia a todo lo doctrinal y fundamental que se reconoce respecto del matrimonio; y teniéndose, por lo mismo, que reconocer como absolutamente necesaria la idea de que, siendo imposibe la realización de las dos voluntades, una tiene que ceder a otra, natural es que prepondere la de aquel a quien compete la jefatura. Mas esto, como como todo, debe admitirse tan sólo en lo que quepa, sin exceder la prudencia y los límites que por ella misma deben reconocerse. Generalmente, para determinarlos se presentan tres supuestos o razones, que son: una imposición de pena, algún peligro de enfermedad y la traslación a Ultramar. En lo mostruoso y absurdo rayaría que la mujer inocente tuviera que seguir la suerte del marido criminal cuando éste, por su delito, se viera condenado a la pérdida de su libertad y a permanecer en algún establecimiento penal. Esto es tan claro y evidente que su simple enunciación basta para que por sí mismo se resuelva. Pero no deja de ofrecer dificultad, como siempre acontece, la consideración del término medio. ¿Deberá la mujer seguir a su marido al destierro, a la deportación? Indudablemente, su deber, en la esfera de lo humano, se lo exige. Texto legal que en el derecho estricto lo determine, no hemos podido encontrar. Por lo que hace al peligro de enfermedad, ya hemos visto, al tratar de las razones que deben considerarse como suficien-

tes para la separación de los cónyuges, que, conforme al derecho estricto, ni el temor de que la enfermedad del marido pueda contagiar a la mujer puede autorizarla para la separación, aunque sí para evitar en lo posible el contacto a que pueda atribuirse el contagio. Mas del mismo modo que respecto de los efectos de la pena, en este punto debe estarse a lo que la prudencia aconseje; tiránico sería el modo de proceder de un marido que obligara a su mujer a vivir en sitio donde peligrara su vida o su salud, y la jefatura que se le reconoce y concede por completo rechaza la tiranía. Íntimamente conexionada con la razón de peligro de enfermedad, pues que no se funda en otra, aparece la consideración del viaje a Ultramar: las leyes dadas con carácter de especialidad para aquellos países establecen que no se admitan memoriales de hombres casados en solicitud de destinos para América, si no se presentan acompañados de escrituras formales en que sus mujeres consientan y se obliguen a seguirlos, si adquieren colocación, y aunque en la práctica se encuentran relajados estos preceptos, en lugar de su cumplimiento, ha venido a admitirse como costumbre constante que cuando los maridos obtienen destinos para Ultramar, si a las mujeres repugna el seguirlos, no sean a ello obligadas; lo que también suele practicarse cuando, no por nombramiento para algún destino, sino por dedicarse al comercio, industria o cualquiera otro motivo, los hombres casados se deciden a trasladarse a las provincias o colonias ultramarinas. Las disposiciones legales nada directa ni terminantemente, establecen sobre esta materia en general; en su defecto, como ya lo hemos notado, es preciso acudir a la prudencia relativamente en cada caso, sin otro remedio que encomendar la decisión al recto criterio judicial y a lo que el criterio de recta razón demuestre.

A éstas y sus legítimas consecuencias pueden reducirse las atribuciones que, en virtud de su jefatura, competen al marido en la sociedad conyugal: de ellas mismas se deducen sus facultades respecto de lo interior y exterior de la misma sociedad, a la par que sus obligaciones; tiene el poder de dirigir, procurar los intereses sociales, en una

palabra, de administrar: es consiguiente que tenga la obligación de atender a las necesidades de la misma sociedad, proporcionando los medios de su subsistencia; puede invertir en ellos los productos de los bienes sociales y los que se consigan con el trabajo o industria de los socios: debe al mismo tiempo, como los principios de buena economía dictan, conservarlos, y en todo lo posible hacer que se aumenten. Y ya que de administración se trata, como consecuencia necesaria de todo lo que llevamos expuesto, creemos que este es el más oportuno lugar para dejar consignada la facultad concedida a los casados en la ley 7.ª, título 2.º, libro 10 de la N., que dice así: «Por que en todo se ayude a la multiplicacion, como cosa tan importante y a la felicidad y freqüencia del estado del matrimonio, por donde se consigue, ordenamos y mandamos que los quatro años siguientes al dia en que uno se casare sea libre de todas las cargas y oficios concegiles, cobranzas, huespedes, soldados y otros, y los dos primeros destos quatro, de todos los pechos Reales y concegiles, y de la moneda forera (si acertare a caer en ellos); y si se casare antes de diez y ocho años, pueda administrar (en entrando en los diez y ocho) su hacienda, y la de su muger, si fuere menor, sin tener necesidad de venia; y que a los que teniendo veinte y cinco años cumplidos estuvieren por casar, se les puedan echar las dichas cargas y oficios concegiles, y ellos tengan obligación a admitirlas, aunque esten en la potestad y casa de sus padres; que el que tuviere seis hijos varones vivos, sea libre por toda su vida de las dichas cargas y oficios concegiles, y aunque falte alguno de los hijos, se continúe el privilegio.»

Prescindiremos de todos los demás privilegios concedidos en esta ley a los casados, porque conocidamente han venido a quedar derogados por las modificaciones introducidas en nuestros derechos público y administrativo, fijando nuestra consideración en el de poder administrar su hacienda y la de su mujer, si fuere menor, desde que entra en los diez y ocho años, y, por consiguiente, antes de los veinticinco, sin necesidad de venia. La facultad legal apa-

rece clara y terminante: sin embargo, no deja de necesitar algún examen uno de sus conceptos y una de sus palabras. El marido, en entrando en los diez y ocho años, puede administrar su hacienda y la de su mujer, si fuese menor; y si la mujer es mayor, ¿a quién corresponde la administración de sus bienes, a ella o al marido? Si hemos de seguir las reglas de una exacta lógica para la recta interpretación, nos encontraremos con la que determina que todo concepto expresado como excepción supone el reconocimiento de la regla general en sentido contrario. Si, pues, el marido, mayor de diez y ocho años y menor de veinticinco, sólo puede administrar los bienes de su mujer cuando ésta sea menor, forzosamente hay que reconocer que cuando la mujer sea mayor no puede administrarlos. Excluído de este modo el marido de la administración, ¿a quién deberá atribuirse? Sólo queda la mujer, indudablemente, ya fuera de la patria potestad, porque de ella ha salido en virtud del matrimonio, y con potestad, por edad, para administrar, por sí: la dificultad, por consiguiente, consiste en que no lo es, por estar casada. Mas en frente de esta dificultad, el legislador debió considerar otra, cual es la de dar facultad de administrar bienes ajenos a un menor cuando su dueño es mayor de veinticinco años, y en esta lucha, a nuestro modo de ver, la decisión se ha tomado en favor de la mujer: la mujer, por consiguiente, en el caso que estamos examinando, y hasta que su marido cumpla los veinticinco años, ejercerá la administración de sus bienes, concretada a los límites que se comprenden dentro de la misma idea de administrar, que es la que rige, en general, en todos los conceptos, y por lo que hemos dicho que necesita particular explicación.

La idea significada por el verbo administrar es indudablemente de las que carecen de fija determinación; por lo que puede y suele usarse en sentido más o menos extensivo. Pero imposible es, en el tecnicismo jurídico, extenderla hasta el punto de que en ella se comprenda la de enajenar, y, sin embargo, no puede menos de admitirse que, con la verdadera distinción, la enajenación es lícita, y aun necesa-

ria, al que administra, porque si adquiere y no expende paraliza, se perjudica y hasta se impiden los gastos reproductivos, y, lo que es más, los medios de acudir a su subsistencia. Toda la dificultad, por consiguiente, consiste en admitir y determinar la indicada distinción, que desde luego se desprende de estos mismos indicados supuestos. Al hombre casado, mayor de diez y ocho años y menor de veinticinco, con mujer cuya edad esté comprendida en estos dos extremos, según la ley se le concede la facultad de administrar su hacienda y la de su mujer; dada la misma posición en el marido, pero con la diferencia de que la mujer sea mayor de veinticinco años, cada uno podrá administrar su propia hacienda, pero no podrá enajenarla, mas sí podrán disponer de los productos, consumirlos y, por consiguiente, enajenarlos, para con ellos atender a los gastos de mutua subsistencia, a los reproductivos, y, en una palabra, a todos aquellos que, sin afectar a que los capitales permanezcan íntegros, se refieran a la natural, necesaria y buena inversión de los productos. Esta es la opinión generalmente seguida por los expositores, y constantemente aceptada en la práctica, de la cual, y naturalmente, se desprende la consecuencia de que, tanto el marido como la mujer, en los casos considerados para enajenar los bienes que constituyen sus propias haciendas, necesiten autorizarse con la licencia judicial, que sólo podrá concedérseles previa la justificación de necesidad o utilidad.

Otra de las cuestiones que han surgido de la ley que estamos examinando es la que se refiere a si el hombre casado, mayor de diez y ocho años y menor de veinticinco, deberá disfrutar el beneficio de la restitución *in integrum*: para abordarla y decidirla debidamente se hace indispensable tomar en cuenta todo lo que fundamentalmente establecen las leyes relativamente a este beneficio; por lo que en este lugar, y a reserva de explanar estas ideas en el verdaderamente oportuno, tan sólo formularemos nuestra opinión, confirmándola con los razonamientos ya aducidos. El casado, mayor de diez y ocho años y menor de veinticinco, deberá disfrutar el beneficio de restitución en todo

aquello que se refiera a lo que por sí solo no puede hacer, y concretando ya la idea a la enajenación de las cosas que constituyen su hacienda, pero el beneficio no podrá extenderse a todo aquello que se comprende en la idea de administrar, porque resultando autorizado al efecto por la ley, en términos generales y de una manera absoluta, contradictorio resultaría el beneficio que, de cualquier modo que se considere, siempre aparece fundado en el reconocimiento de una limitación de facultades. Más difícil es la decisión del punto, con referencia a la mujer mayor de veinticinco años y casada con varón que no los haya cumplido. Hemos dicho que no deberá considerarse autorizada para enajenar los bienes constituyentes de su propia hacienda, porque a tanto no puede extenderse la facultad de administrar, y, por consiguiente, que, al efecto, necesitará licencia judicial: resulta, por consiguiente, una persona mayor de edad a la cual se reconoce plenitud de juicio, con facultad de administrar y con restricción para enajenar. Y en esto mismo aparece, en nuestra opinión, resuelta la dificultad: si no puede enajenar, porque tiene restringida esta facultad, la enajenación, o será nula, o, cuando menos, deberá rescindirse, y siendo suficientes estos dos recursos, o cualquiera de ellos, por innecesario debe rechazarse el de restitución, que, por ser subsidiario y defectivo, tan sólo se admite a falta de otro, salvándose de este modo el principio de que el beneficio no debe concederse a los mayores de edad que no estén incapacitados; todo lo que vendrá a confirmarse cuando, según hemos indicado, tratemos de los fundamentos y extensión de la restitución *in integrum*.

CAPÍTULO II

De la sociedad conyugal en lo referente a las cosas (1).

Razón del plan. — Su confirmación por la ley de Partidas. — Indicación del cambio fundamental introducido por la legislación de Toro.

La primera impresión que tal vez produzca la lectura del epígrafe de este capítulo es la de extrañeza de que en este libro del derecho, que debe referirse a las personas, se trate de cosas. Téngase, si se quiere, por fundada la observación, pero al mismo tiempo reconózcase la verdadera imposibilidad de seguir un método tan perfectamente analítico, que dé por resultado el que, no sólo cada una de las materias, sino cada una de sus respectivas particularidades, puedan colocarse tan estrictamente en su oportuno lugar, que la distribución no ofrezca ningún inconveniente ni pueda dar motivo de impugnación. De las personas tratamos en este libro primero: nadie dejará de reconocer que en él debemos ocuparnos de lo concerniente al matrimonio, pero a cualquier rigorista le ocurrirá que, teniendo por fundamento la unión conyugal un contrato, para la parte, para el libro en que de la convención tratamos, debería reservarse todo lo concerniente al mismo matrimo-

---

(1) Comprende este capítulo la materia que constituye el título III del libro IV del Código civil, «Del contrato de bienes con ocasión del matrimonio».

nio. No es oportuna, por lo tanto, la indicada objeción, porque su lugar hubiera sido al empezar a tratar del matrimonio, y rechazada en este concepto aparece la razón de nuestro método. Una vez principiada la materia, debe completarse con la exposición de todo lo que a ella se refiere, pudiendo añadir a este argumento de razón otro de autoridad, tomado del encabezamiento del título II de la Partida 4.ª, donde dice: «Onde, pues, en los Títulos ante deste fablamos de los Matrimonios, e de todas las cosas que les pertenescen, tambien por ayuntarlos como para departirlos, conviene que digamos en este, de las dotes, e de las donaciones, e de las arras.»

Sigue el texto diciendo: «E primeramente, qué cosa es dote, e donacion, e arra, que se face por razon de los casamientos: e en qué tiempo se pueden fazer. E quantas maneras son dellas.» Pero para comprender la totalidad nos hemos decidido a exponer dentro de este mismo capítulo lo relativo a parafernales y a gananciales, dejando únicamente para cuando tratemos de las donaciones en general lo que las leyes determinan acerca de las que los cónyuges se hagan entre sí. Sin embargo, con objeto de evitar la perjudicial confusión, dedicaremos a cada una de estas materias su párrafo separado, convencidos de que no de otro modo podrá examinarse científicamente el conjunto, ya por la íntima relación en que sus diferentes partes están constituídas, ya también porque, con el transcurso del tiempo y la modificación de las ideas, se han producido variaciones hasta en el lenguaje. En tales términos, que nos encontraremos con palabras que en un tiempo y en una legislación tuvieron significado enteramente distinto del que en la actualidad expresan, y, sobre todo, que la materia referente a los bienes pertenecientes a la sociedad conyugal está tan absolutamente relacionada con la distinción de atribuciones que competen a cada uno de los cónyuges, y que ha sido objeto del capítulo anterior, que viene a ser imposible dejar de determinar lo uno por lo otro, pudiendo adelantar la idea de que la legislación de Toro varió por completo un supuesto fundamental. Antes

de ella, los bienes de la mujer tan sólo entraban en la administración del marido cuando con esta condición y a este efecto se entregaban; desde ella, la regla es precisamente la contraria: sólo están fuera de la administración del marido los bienes de la mujer sobre los cuales se haya pactado semejante condición, o los que con ella expresamente consignada adquiera por causa absolutamente libre.

La confirmación de todas estas indicaciones resultará del examen y explicación de todo lo que en las mismas se comprende, y que pasamos a hacer por el orden mencionado.

SECCIÓN PRIMERA

DE LAS DOTES

§ I

Sus diferencias y modos de constituirlas.

Conveniencia de constituir a la mujer casada un patrimonio que asegure su subsistencia. — Conformidad de la legislación romana y goda en el principio y disconformidad en el modo de realizarlo.— Sistema dotal romano y su comparación con el alfonsino. — Concepto de la dote. — Distinción de dote adventicia y profecticia. — Quién debe dar las dotes. — La madre no puede ser obligada, pero puede dotar voluntariamente. — Modos de establecerse la dote. — Dote a plazo o día cierto, o a tiempo incierto. — Promesa de dote por causa de muerte, hecha por el padre.— Dote voluntaria y dote necesaria, prometida y entregada.— Dote constituída y confesada.— Casos en que la mera estipulación obliga al marido.— Dote constituída por mujer menor de edad. — Posibilidad de consistir la dote en bienes raíces y muebles, derechos y créditos.

La idea de constituir a la mujer casada un patrimonio, un cúmulo de bienes que aseguren su subsistencia de uno o de otro modo, se encuentra reconocida en la mayor parte de las legislaciones desde la más remota antigüedad. Pero los modos de realizarla han sido muy distintos; y al considerar la contradicción de unos con otros, se ha llegado hasta a hacer cuestión de si es conveniente o perjudicial la idea de sí misma. Sinceramente decimos que si propo-

nemos la duda, no es porque para nosotros exista, sino porque otros la han propuesto: en nuestra opinión, tan sólo el afán de la disputa puede ser la causa de discusión, porque el llegar a convenir en que sería conveniente que la mujer estuviera indotada, necesariamente induciría en la consecuencia de la confiscación y prohición de adquirir; y tan por el contrario pensaron los Romanos, que consideraron como de derecho público, como una de las cosas que estaban entre las públicas, la necesidad de que la mujer fuera dotada: *Reipublicæ interest mulieres dotes salvas habere, propter quas nubere possunt* (Paulo, *lex* 2.ª, título 3.º, libro 23, Digesto), y la misma máxima se reconoce en la legislación goda, consignada en la ley 1.ª, título 1.º, libro 3.º del Fuero Juzgo: *Ne sine dote coningium fiat*, en los códices latinos, aunque, por cierto, se ha suprimido en las traducciones al castellano; por manera que como fundamental aparece el principio en las dos verdaderas fuentes de toda nuestra legislación.

Pero si las dos establecen como axiomático el supuesto, tan conformes están en lo sustancial cómo disconformes en el modo de realizarlo. Entre los Romanos, la dote era dada por parte de la mujer al marido; entre los Godos, por parte del marido a la mujer; y como lo que el marido da a la mujer tenía, entre los Romanos, otro nombre, necesariamente se produjo una confusión de conceptos que no podía menos de traslucirse en el lenguaje, y que ha producido nada menos que la variación de una palabra a otra, cuando el texto latino de la legislación goda se ha traducido al castellano, lo que, por más extraño que parezca, no pudo menos de ser muy natural. A la venida de los Godos, los españoles romanos, para determinar el cúmulo de bienes que, por parte de la mujer, se llevaban a la sociedad conyugal y se entregaba al marido conforme a las leyes que los regían, usaban la palabra dote *(dos)*. Los Godos empezaron a consignar en sus leyes la misma palabra en el sentido contrario que ya dejamos expresado; fueron después modificando y perfeccionando su lenguaje, y, naturalmente, distinguiendo los conceptos por medio de la determi-

nación del significado de las voces. Lo que por parte de la mujer se daba al marido podían significarlo con la palabra dote, y lo que por parte del marido se daba a la mujer, con la palabra arras, y lo fueron admitiendo. Ya estaba la variación generalizada en la época en que los textos latinos de la legislación goda se tradujeron al castellano, y entonces prefirieron expresar la idea, más bien que conservar la etimología, y en cuantos pasajes de los textos latinos se usaba la palabra *dos*, pusieron en la traducción castellana la de arras. El cotejo de unos con otros, como puede hacerse con sólo examinar el ya citado título 1.°, libro 3.° del Fuero Juzgo, viene a demostrar por completo esta sucesión y modificación en las ideas y el lenguaje, cuya explicación creemos tanto más necesaria cuanto que sin ella es imposible salir de la confusión, si bien tan sólo aparente, que presentan nuestros códigos; y así también se comprende por qué ni en los códices castellanos del Fuero Juzgo, ni en el Fuero Viejo, ni aun en el Fuero Real, se encuentran leyes ni títulos que hablen de dotes. Emanaciones todas del sistèma legal de los Godos, admitiendo, por consiguiente, el supuesto de que, no la mujer al marido, sino el marido a la mujer, debía dar bienes, hablan de las arras y las explican latamente, sin decir nada de las dotes. Por el contrario, el Código de las Partidas, reflejo exactísimo del derecho romano, distinguiendo con toda precisión los dos conceptos, trata de las dotes en sentido de ser el cúmulo de bienes que por parte de la mujer se lleva al matrimonio y se entregan al marido, y explica lo que en el derecho godo se llamaba dote bajo la denominación de arras. En la actualidad, el sistema generalizado en España es el que se comprende en el Código alfonsino, y éste, por consiguiente, es el que debe servirnos de pauta en todo lo concerniente a la materia de este párrafo.

En el admirable organismo de la legislación romana, su sistema dotal aparecía en perfecta relación con todas las demás instituciones, justificándose y justificándolas por completo. Tenían admitido como un axioma que los hijos y demás descendientes sólo pudieran heredar a sus ascen-

dientes bajo cuya patria potestad se encontraban: las hijas, al casarse, salían de la de su padre y entraban a formar parte de la familia del marido, resultando por esta razón privadas de la herencia. La dote compensaba este perjuicio, y venía a reducirse a la donación de lo que se suponía podía corresponderles por su parte hereditaria. De aquí el que la materia de las dotes y la referente al derecho hereditario tuvieran entre sí la íntima y exquisita relación que en la armonía de aquella legislación se observa. En nuestro derecho, que en esta materia es el alfonsino, como ya dejamos consignado, no se ha admitido con absoluto rigor el indicado supuesto, pero sí se han reconocido sus principales consecuencias; naturalmente, han de resultar de esto algunas modificaciones, si bien pequeñas o de poca monta, puesto que toda la diferencia consiste en que el mismo sistema dotal entre los Romanos se admitía como necesario para evitar la iniquidad que, de lo contrario, resultaría de otras instituciones, y entre nosotros se ha admitido, nó ya como necesario, pero sí como conveniente y el más justificado. Fácilmente se comprenderá la imposibilidad de ir notando en cada una de las partes especiales de esta materia la diferencia en sus últimas consecuencias, puesto que para ello sería preciso escribir un especial tratado exactamente analítico y comparativo de los dos derechos, pero ya que esto esté fuera de nuestros alcances y exceda de la extensión que podemos dar a nuestro trabajo, por lo conveniente que creemos el que quede bien consignada la idea, presentaremos, como a manera de ejemplo, una sola consideración, si bien para ello tengamos que anticipar alguna idea. Entre los Romanos, el padre de familia tenía obligación de dotar a la hija constituída bajo su patria potestad: la razón era concluyente, porque no podía privarle de la herencia sin justa causa, y el derecho a la dote se había establecido en compensación a la pérdida del derecho hereditario. Entre nosotros, el padre tiene la misma obligación, pero, al buscar su fundamento, no se encuentra tan evidentemente su razón; por manera que podemos decir con bastante exactitud que la obligación, en Roma,

emanaba de un principio reconocido, y entre nosotros, de un precepto establecido.

Dice la ley 1.ª, título 11, Partida 4.ª: «El algo que da la mujer al marido por razon de casamiento, es llamado dote: es como manera de donacion, fecha con entendimiento de se mantener e ayuntar el matrimonio con ella: e segun dicen los sabios antiguos, es como propio patrimonio de la muger.» Esta definición, preferible a toda otra, por razón de autoridad, puesto que se toma directamente de la ley, tiene también la indudable ventaja de explicar la cosa definida en su sentido más lato, fijando todas sus condiciones y comprendiendo cuantas diferencias caben en su generalidad. Fija, en primer lugar, lo que determina el sistema que ya tenemos explicado y distinguido: por dote no debe entenderse lo que el marido da a la mujer, sino lo que la mujer da al marido; determina el concepto en que la dote es dada como a manera de donación: no es una donación perfecta, si bien tiene condiciones que la asimilan a este modo de transferir las cosas; distingue en seguida el principal concepto diferencial de las demás donaciones, explicando el objeto de ésta a manera de donación, cual es el de ayudar con ella a la unión y manutención del matrimonio, y concluye significando que por esta forma de donación no se transfiere la cosa, como por las demás, puesto que queda en concepto de ser como propio patrimonio de la mujer.

El modo de expresar la idea fundamental del sistema, diciendo «el algo que da la mujer al marido», necesita una más lata explicación, y a darla viene la ley 2.ª del mismo título, en estos términos: «Adventitia e profectitia llaman en latin a dos maneras que son de dote: e aquella es dicha adventitia que dá la mujer por si misma de lo suyo á su marido, ó la que dá por ella su madre, ó alguno otro su pariente, que non sean de aquellos que suben ó descienden por la linea derecha, mas de los otros, assi como tio, primo, ó otro qualquier pariente ó estraño. E es llamada adventitia, porque viene de las ganancias que fizo la muger por si misma, ó de donacion que le dieron; que viene

de otra parte, que non es de los bienes del padre, nin del abuelo, nin de los otros parientes, que suben por linea derecha, onde ella desciende. E la otra manera de dote es llamada profectitia, e dizenla assi, porque sale de los bienes del padre, ó del abuelo, ó de los otros parientes que suben por linea derecha. Mas si el padre debiesse algo á la fija. e lo diesse por su mandado della a su marido en dote, magüer pagasse el padre tal dote como esta de sus bienes proprios, non seria por esso llamada profectitia, mas adventitia. E esto es porque non gela dá assi como padre, mas assi como gela daria otro extraño. Esso mismo seria si algun otro diesse al padre alguna cosa que diese en dote á su fija; que magüer el padre la diesse al marido della, non seria profectitia, mas adventitia.» No creemos que necesite mayor explicación que la que por la misma ley se da a la distinción de dote adventicia y profecticia, pues con ella no sólo queda, como hemos, dicho explanado el concepto que en primer término aparece en la ley anterior, sino también explicado el origen de esta distinción, que no es otro que el principio reconocido en la legislación romana: todo lo que el padre entregue al marido de su hija como compensación de los derechos hereditarios que al casarse perdía, y, por consiguiente, como bienes del mismo padre o ascendiente, se comprende en la idea expresada con la palabra profecticio; todo lo que no tenga esta condición, de cualquiera manera que, al casarse, corresponda a la mujer, o, por razón del matrimonio, se entregue al marido, se considera adventicio. Pero todavía de esta misma distinción se desprende la consecuencia de la obligación de quién debe dar las dotes.

Dice la ley 8.ª del mismo título: «Establecidas pueden ser las dotes en maneras muchas, ca tales y a, que las establescen de su voluntad; assi como la muger, que la puede dar por si misma a su marido, o otro qualquier que la dé en esta manera en nome della. E otros y ha que son tenudos de la dar por premia, magüer non quieran; assi como el padre quando casa su fija que tiene en su poder. Ca, quier aya ella algo de lo suyo, o de otra parte, o non, te-

nudo es el padre de la casar, e de la dotar. Otrosi, el abuelo de parte de padre, que oviere su nieta en poder, tenudo es de la dotar quando la casare, magüer non quiera; si ella non oviere de lo suyo, de que pueda dar la dote por si. Pero si ella oviere de que la dar, non es tenudo el abuelo de la dotar, si non quisiere, de lo suyo; mas debela dotar de lo della. Esso mismo seria del visabuelo que toviesse visnieta en su poder.» En esta ley se ve la verdadera graduación de los conceptos en que la dación de dote es obligatoria: empieza por excluir de ella a la mujer, de modo que deja a su voluntad el dar o no sus propios bienes al marido en dote; sigue imponiendo el deber imprescindible al padre, ya la hija tenga o deje de tener bienes propios, y después impone la misma obligación a los ascendientes agnados, es decir, a los que lo sean varones y por parte de padre, si la mujer está en su patria potestad y no tiene bienes propios. Todo esto, como, desde luego, se comprende, es pura reminiscencia del derecho romano, con las modificaciones de que no podía prescindir el legislador al considerar las que había causado en las ideas y costumbres la legislación goda y la falta del rigorismo en materia de herencias y patria potestad, y, por consiguiente, en la condición de la mujer casada. Así es que con posterioridad, y como en el curso de nuestro trabajo tendremos que observar, estos mismos preceptos constitutivos de la obligación de dar dotes han ido sufriendo otras nuevas modificaciones, conforme se han ido reformando los conceptos de herencia y de patria potestad.

La ley 9.ª del mismo título, referente al citado punto, explana más las ideas, determinando más los conceptos. Dice así: «Constreñir, nin apremiar, non deben á la madre que dote a la fija, como quier que lo pueden fazer al padre, segund dice en la ley ante desta; mas puedela ella dotar de su voluntad, si quisiere. Pero si la madre fuesse hereja, o judia, o mora, puedenla apremiar que dote su fija aquella que fuesse christiana Otrosi, qualquier ome que tenga en su poderio, o en su guarda, alguna manceba, con todo lo suyo, que fuesse ya de edad para casar, puedenlo apremiar

que la case, e quel establezca dote, segund fuere la riqueza que avia ella, e la nobleza de aquel con quien la casa. Ca si más establesciesse por dote de lo que oviesse la manceba, non valdria. E qualquier de los sobredichos en esta ley, e la ante della, que defendiesse que non casasse alguno de los que toviesse en poder, e queriendo él casar, e seyendo de edad que lo pudiesse fazer, o maliciosamente moviendose, porque se sirviesse del e de lo suyo, e nol quisiesse catar casamiento, a tal como este devel apremiar el juez de aquel logar quel case, e quel dote, segund que es sobredicho.» En el espíritu de esta ley se encuentra lo que ya hemos notado respecto de la anterior: considerada la constitución de la familia romana y el gran principio que reconocían de que las mujeres no debían quedar indotadas, como consecuencia forzosa había de admitirse que la madre no estuviera obligada a dotar a la hija constituída bajo la patria potestad, porque los derechos hereditarios ciertos, con referencia a los bienes del padre, eran siempre eventuales, respectivamente a los de la madre. La hija sólo salía de la patria potestad, estando soltera, por muerte de sus ascendientes agnados; por manera que si no existían y si vivía la madre, si a ésta se le obligaba a dotar, la obligación debía cumplirse con sus bienes, viniendo siempre a resultar que todo lo que una mujer diera, para constituir caudal dotal, a la otra, disminuía el suyo propio; y como esto perjudicaba el principio de que la mujer no quedara indotada, natural y lógico era que se prefiriera el que la madre se mantuviera en su posición de fortuna, a que, a su costa, se creara la de la hija; en una palabra, presentándose en lucha interés con interés, se daba la preferencia al derecho ya existente. Nuestra ley de Partida puede fundarse en la misma razón; sin embargo, ya se nota en ella una a manera de relajación del principio en cuanto, negando el deber perfecto, estableciendo que a la madre no se le puede constreñir ni apremiar, se le concede la facultad de hacerlo voluntariamente, y, sin duda alguna, con extensión al caso en que se encuentre casada; de modo que la madre, aun viviendo su marido, y sin necesidad de que a ello la

autorice, podrá dar de sus bienes dote a sus hijas, lo que a todas luces aparece conforme a todos los afectos naturales y a la más sana moral. De los demás preceptos que se comprenden en la ley no creemos necesario ocuparnos, porque sobradamente aparecen claros y justificados. Siendo, pues, lo cierto que tanto el padre como la madre pueden dar dote a las hijas, cuando la madre la dé, se reputará, lo mismo que cuando la da el padre, como parte de herencia adelantada, y tendrá que traerse a colación la dada por el padre a la herencia paterna y la por la madre a la materna, según tendremos ocasión de explicar en su oportuno lugar.

Trata la ley 10 del mismo título de los modos de establecerse las dotes en cuanto a la forma jurídica, consignándolos en estos términos: «Estipulacion es llamada en latin prometimiento: e es otra manera por que se puede establecer la dote. Esto seria como si dixesse alguno á la muger con quien casasse: ¿Prometedes de me dar en dote tal viña vuestra, o tal heredad, ó tantos maravedis, que vos ha de dar tal ome? Diziendo ella: Prometo. En tal manera, ó por tales palabras, se establesce la dote por estipulacion. E aun se establesce la dote por otra manera, que es llamada en latin *pollicitatio,* que quiere tanto dezir como prometimiento simple que se faze en uno con la donacion. E esto seria como si dixesse la muger al marido: Estos maravedis, ó esta casa, ó esta viña (ó otra cosa qualquier quel diesse), vos prometo por dote, ó devoslas luego. E aun se establesce la dote en otra manera, diziendo la mujer assi: Que promete al marido de dar alguna cosa en dote (nombrandola señaladamente), e que la dará á el ó á otro alguno en nome dél. E en tal manera, magüer la dé al otro, el marido se entiende que la rescibe. E por ende es tenudo de responder por ella, si menester fuere.» Puede decirse, al fijar la consideración en esta ley, que por ella se establece una particular especie de contrato distinto de todos los demás, y al cual debería llamarse contrato de dote. La práctica, reconociendo esto mismo, y guiada por la necesidad, ha dado el nombre de contratos matrimoniales a las convencio-

nes que tienen por objeto fijar las condiciones referentes a los bienes de la sociedad conyugal, cuando se constituye, mientras dura y cuando se disuelve. Es, por lo tanto, muy difícil, y sólo conduciría a oscurecer, confundiendo, el analizar todas las particularidades y todas sus consecuencias que explícita e implicitamente se comprenden en esta ley. Preferimos, por lo tanto, generalizarlas, refundiéndolas en la proposición de que, de cualquier manera que se constituya la dote, como haya expresa voluntad de constituirla y entrega verdadera o fingida de la cosa, con la correspondiente y necesaria aceptación, los bienes a que la convención se refiere adquieren la condición de dotales; por eso la ley siguiente 11 del mismo título explica que se puede constituir la dote puramente o con condición: esto último repugnaría a la doctrina que sobre estipulaciones admite el Código de las Partidas; por eso mismo ha sido necesario salvar el inconveniente, puesto que en la ley anterior se habla de constituir la dote por estipulación. Pero, al poner un ejemplo de condición, dice la ley que se verifica cuando dice la mujer al marido, u otro por ella, que promete o faze pleyto de darle alguna cosa por dote, si se cumpliere el matrimonio. E tal condicion como esta siempre se entiende, quier sea nombrada o non. Resulta, pues, que para la validez de la dote condicional, siendo la condición lícita y honesta, será preciso que se realice el supuesto contingente, pero la idea que se refiere a la realización del matrimonio, aunque no se exprese explícitamente, implícitamente se supone y se comprende, de modo que todo cuanto se refiera a dote queda ineficaz y nulo si el matrimonio que lo motiva no llega a realizarse.

La ley 12 del mismo título viene también en explicación de los mismos conceptos ya expresados: «Señalar, dice, pueden dia, ó tiempo cierto, en que den la dote, aquellos que fazen pleyto para darla, ó establescer pueden que sea dada en tiempo non cierto. E cierto dia pueden señalar, como si dixesse el que promete de la dar, que faze pleyto, que la dará en tal día, nombrandolo señaladamente. E aun tiempo cierto seria, como si dixesse que pro-

mete de la dar en esse año mismo en que faze pleyto. E este año entiendese que deve ser comenzado á contar en el dia que fazen las bodas, e non antes; magüer fuesse el pleyto fecho ante que la fiziessen. E en tiempo non cierto seria, como si dixesse alguna muger, ó otro por ella: Prometo de dar, á la sazon que muriere, por dote cient maravedis. E en esta ha departimiento: ca si la muger establesciesse dote á su marido en esta manera, non valdria. E esto es, porque prometió de la dar en tal tiempo, que non ternia ya estonce el matrimonio; nin otrosi, non se podría el marido della aprovechar. Mas si otro qualquier la establesciesse diciendo así: Prometo de vos dar en nome de dote, para vuestra muger, tantos maravedis, á la sazon que yo finare, estonce valdria tal prometimiento. Ca podria ser que aquel que los prometió, que moriria en tal sazon, que ternia el matrimonio entre aquellos á quien la manda.» En dos partes debe dividirse esta ley para su conveniente inteligencia: es la primera la que se refiere a establecer que la dote pueda constituirse a plazo y día cierto; y como en ella misma se determina la significación que debe darse a los modos de expresar las ideas, por excusada omitimos mayor explicación. La segunda ya comprende en sí una idea mucho más extensa que lo que a primera vista aparece. Dice que puede también pactarse la dación de la dote a tiempo non cierto, y que esto seria como si dixese alguna muger u otro por ella: Prometo de dar, a la sazon que muriere, por dote cient maravedis. Esto, presentado como por ejemplo o medio de explicación, no ofrece ninguna dificultad, y hasta podría excusarse, porque claro aparece el concepto de que el establecimiento de la dote pueda hacerse a tiempo incierto, hasta el punto de que si el acontecimiento viene a resultar contingente, la indeterminación del tiempo se convierta en condición; por ejemplo: Te daré tantos pesos de dote el día que tal buque llegue a tal puerto; la obligación adquiere eficacia el día, aunque indeterminado, en que el buque arribe; y si antes de arribar se pierde, el concepto se convertirá en condicional, y la obligación, como resolutoria, quedará rescindida. Pero el ejem-

plo de que se vale la ley tiene tan lata significación, como que por él se establece y consigna la idea de que la constitución de la dote puede hacerse por causa de muerte, haciendo al mismo tiempo necesaria la explicación del mismo concepto, por lo que a seguida viene a establecer la misma ley: que la mujer, de ese modo, no puede constituir dote, dando la convincente razón de que no tendría objeto. Y, en efecto, si la dote ha de servir para sostener las cargas del matrimonio, siendo éste su único fin, inútil y hasta contradictorio sería constituirla para cuando resultara imposible la existencia de la unión conyugal: la ley, por consiguiente, después de prohibir a la mujer que de tal modo la establezca, concede la facultad de establecerla en esos terminos a cualquiera otra persona, en consideración a que, si bien condicional, puede ser eficaz si se realiza la condición, es decir, si el que en tal manera ofrece la dote muere antes de disolverse el matrimonio. Pero de todo esto se origina otra cuestión: la promesa de dote por causa de muerte, hecha por el padre, ¿bastará para que se tenga por cumplida la obligación de dotar a las hijas en que las leyes la constituyen? Sin vacilar, estamos por la negativa, por la misma ya alegada razón de ser la obligación cierta y el modo con que trataría de cumplirse incierto y contingente, porque, con sólo que la hija muriera antes que el padre, resultaría ineficaz. Pero si así debe resolverse la cuestión conforme a la exacta teoría, en la práctica, frecuentemente, se admite lo contrario, en sentido de tomar, para determinar los efectos, lo que el concepto tiene de cierto, con la extracción de lo que tiene de incierto, y, por consiguiente, quitándole todo lo que pueda constituirlo en condicional. La muerte es cierta, lo incierto es su momento; si, pues, el padre dota a la hija para después de sus días, aunque la dotación, por su modo de expresarla, aparezca por causa de muerte, se admite en concepto de contrato entre vivos, y respecto de la verificación del derecho, es eficaz desde la convención, de modo que, aunque la hija premuera, no se resuelve la obligación y pasa a sus herederos. Es cierto que, aun así, podrá oponerse la objeción de

que, en tal caso, la dote no puede servir para lo que en derecho se constituye, que es el sostenimiento del matrimonio, pero esta objeción tiene más de especiosa que de real, porque, desde luego, cede a la simple consideración de que la seguridad de adquirir es un bien que indudablemente aumenta la riqueza, y del cual, por consiguiente, se puede usar para los fines de la misma institución. Además, esto nunca sucede sino por convención, por la concurrencia de las voluntades del padre, de la hija y del que ha de ser, o ya es, su marido, y suele siempre aceptarse con alguna compensación, cual es la de percibir alimentos o algún otro género de pensión, como réditos o intereses del capital que, mientras el padre viva, retiene en su poder; por manera que la verdadera solución de la cuestión se encuentra en los medios prácticos, tomando por fundamento la convención, y, en último resultado, habrá de reconocerse que si la hija, o su esposo o marido, no se convienen en la condición, el padre, forzosamente, tendrá que dotarla con la entrega de bienes de presente.

De todas estas consideraciones, principios reconocidos y preceptos establecidos se deduce otra distinción de la dote, cual es la de voluntaria y necesaria: se entiende por voluntaria la que da todo el que no está a ello obligado, todos aquellos a quienes no se puede constreñir o apremiar; se entiende por necesaria la que tiene que dar el padre, y la madre, si es hereja, judía o mora, siendo la hija cristiana, y la que también está obligado a dar el guardador de la menor de los bienes que, correspondientes a la misma, tenga en su poder. Y aun también existe otra distinción para diferenciar dos muy atendibles conceptos, y que se formula dividiendo la dote en prometida y entregada. Debe notarse que en todos los textos que dejamos copiados se usa alternativamente, para expresar la idea referente a la constitución de la dote, de los verbos establecer y dar; naturalmente, se comprende la diferencia sustancial que existe entre prometer y entregar: distinguiéndola jurídicamente, podremos decir que en la promisión o promesa se constituye la obligación que con la entrega se cumple. La ofer-

ta aceptada, que es lo que se comprende en la palabra promisión, o más bien estipulación, por sí sola podrá ser completamente estéril para los efectos que se procuran con la institución de la dote, y, por el contrario, la entrega de la misma es la que hace que todos ellos puedan conseguirse. Además de la mera oferta, resulta obligación y derecho, pero a favor del marido, y precisamente de la entrega resulta obligación y derecho a favor de la mujer. Se hace, pues, indispensable notar muy sustancialmente esta división.

En la ley 13 del mismo título viene, más que en ninguna otra, consignándose la indicada diferencia de dote prometida y entregada, compendiando, por decirlo así, todo lo expuesto en las leyes anteriores en los siguientes términos: «*Tradere*, en latin, tanto quier dezir, en romance, como dar. E esta es otra manera en que se establesce la dote. E esto es como si la muger, ó otro por ella, diesse luego de mano á su marido, ó á otro en nome dél, alguna cosa por dote, quier fuesse mueble, ó rayz, non gela prometiendo, nin faziendo pleyto, dotra manera, de gela dar, mas dandogela luego de mano, ó apoderandolo della. E lo que dezimos de suso, que si la diesse á otro en nome del marido, entiendese si él lo oviere por firme. Ca en tal razon, si el marido non lo oviesee por firme, e se perdiesse la dote, el peligro seria de la muger, e non del marido. En otra manera se establesce aun la dote; e esto seria como si el marido fuesse debdor de la muger, e le dixesse: Otorgades, que me dedes en dote tantos maravedis, ó tal cosa, que vos yo avia á dar?; e dixesse ella: Otorgolo, e helo por firme, e soy pagada assi como si las oviesse reoebido. E eso mismo seria si el marido fuesse debdor á otro ome qualquier, e el quitasse el debdo en esta manera sobredicha, dandogelo por dote en nome de aquella muger con quien casa. Ca entonce finca aquella debda al marido por dote de su muger.» Ordénase, en primer lugar, por esta ley que, sin necesidad de establecer previamente el título, por el solo modo de la tradición, si bien concurriendo simultáneamente la voluntad, puede constituirse la dote.

Explica a seguida que, cuando la mujer entrega el dote no al marido, sino a otra tercera persona, aunque sea a nombre del que debe recibirla, no adquiere las obligaciones consiguientes a la perfecta constitución de la dote, a no ser que consienta en ello como si la hubiera verdaderamente recibido; de modo que, según ya dejamos indicado, sólo la verdadera entrega, y la fingida cuando es consentida, son las que constituyen el verdadero establecimiento de la dote, y producen las eficaces obligaciones del marido. El resto de la ley viene a confirmar estas mismas ideas, admitiendo que la tradición se supla por el reconocimiento de tener ya recibido aquello mismo en que se constituye la dote; y de aquí nace otra diferencia, que se formula también por medio de una división.

Divídese la dote en verdaderamente entregada y confesada, y es muy de notar esta división, porque puede ser causa de graves disputas en el terreno práctico, por las sospechas de malicia a que la confesión puede dar lugar. Acontece muchas veces que, al tiempo de celebrarse el matrimonio, no se otorgan contratos matrimoniales, ni ha lugar, por consiguiente, a constituirse la dote, ni a que el marido la reciba y extienda la carta de pago, de lo que se origina la necesidad de que todo esto se verifique después o constante ya el matrimonio. Las leyes no ponen ningún obstáculo a ello; por el contrario, en la 1.ª de dicho título 11, terminantemente se dice: «Mas las dotes e las donaciones que faze el marido á la muger, assi como de suso digimos, se pueden fazer ante que el matrimonio sea acabado ó despues.» Cuando la dote se constituye al tiempo de convenir en el matrimonio, difícilmente puede dar lugar a fraude, porque el marido, al darse por entregado de los bienes, a nadie más que a sí mismo puede perjudicar; y si confiesa haber recibido, no siendo cierto, sabiendo que de ello tiene que responder a sí mismo, debe imputarse el daño que se causa, o más bien admitir el supuesto de que quiere donar o regalar a su mujer aquello a cuya devolución se confiesa obligado. Pero cuando la dote se constituye después de celebrado el matrimonio, puede dar lugar a

fraudes, que no dejan de ser frecuentes, y que consisten en suponer o aparentar que existen débitos dotales preferentes a los de otros acreedores. Esto es lo que nos induce a mirar con algún detenimiento la división en que nos ocupamos; y, efectivamente, no puede menos de considerarse que existe una gran diferencia entre la dote verdaderamente constituída cuando no sólo el marido ningún interés tiene en faltar a la verdad, sino que la mentira a él únicamente puede perjudicar, y cuando con una simple confesión puede salvar parte de sus intereses, si bien sea transmitiéndolos a su mujer, y, en último resultado, a sus hijos, a qüienes por herencia forzosa han de venir a parar. No es posible, por lo tanto, admitir la sanción de este fraude por el simple medio de la confesión del marido, pues jamás en derecho se considera como plena prueba sino contra aquel a quien perjudica. En todo, pues, lo que le sea perjudicial se reputará eficaz, pero nunca con extensión a lo que perjudique a tercero, y, por consiguiente, a nada que contraríe derechos positivos que aparezcan en oposición con los que, por confesión de dote, si se tuviera por completamente eficaz, vendrían a resultar; por manera que cuando la mujer, o sus herederos, reclamen devolución de la dote meramente confesada, si no robustecen de alguna otra manera su derecho, tendrán que ceder a los acreedores por créditos anteriores a la confesión: todo lo que vendrá a explanarse más, para su confirmación, cuando tratemos de la graduación y preferencia de los créditos.

Por su demasiada extensión, omitimos la copia literal de la ley 15 del mismo título, pero no podemos prescindir de exponer su doctrina, en razón, no sólo al interés que ofrece, sino a la relación en que está con el punto de que estamos tratando. Hemos sentado la proposición de que la mera estipulación de dote, la promesa aceptada, por regla general obliga al promitente, pero no al aceptante, en lo que respecta a la devolución y demás especialidades del contrato dotal; y asimismo que las obligaciones del marido se originan por la tradición y por la confesión del recibo, con la

debida y ya marcada diferencia por lo que respecta a los demás efectos. La ley últimamente citada, alambicando, por decirlo así, los conceptos, viene a determinar los casos en que la mera estipulación, aun sin la subsiguiente entrega, obliga al marido; todos los cuales pueden comprenderse en una regla general. Siempre y cuando, perfeccionada la estipulación, deja el marido de recibir la dote por culpa que le sea imputable, queda tan obligado como si la hubiera recibido; compendiando: la culpa, obliga. Empieza la ley diciendo que se llama dote establecida por delegación la que se constituye facultando la mujer al marido para que cobre y perciba como bienes dotales lo que otro a ella le debe, y declara que si el deudor reconoce la deuda y promete entregarla al marido, la dote sobre ello queda constituída. Mas a seguida viene haciendo una distinción, que consiste en si el deudor es o no padre, abuelo o bisabuelo de la mujer: si lo es, el marido puede, pero no está obligado a reclamar el pago; si no lo es, debe reclamarlo; si lo es y no lo reclama, dejándolo de cobrar por esta razón, no queda obligado a la devolución, porque los fijos e los yernos non deven apremiar a sus padres nin a sus suegros, assi como a otros estraños. Si no lo es, cabe otra subdistinción: o la deuda procede de causa forzosa, o de simplemente voluntaria: en el primer caso, si el marido no la reclama, y por esto no la cobra, queda obligado del mismo modo que si la hubiera percibido; en el segundo, todavía debe admitirse otra subdistinción, que consiste en distinguir entre si el deudor se obliga a plazo cierto o no: si lo primero, cumplido el plazo, el marido debe reclamar el pago; si no lo reclama, y el deudor, por causas posteriores, resulta insolvente, el marido es resposable a la devolución, aunque no se realice la entrega, como si se realizara; pero si la oferta de entregar no se hace ciertamente o a plazo fijo, de modo que el marido no pueda, con plenitud de derecho, reclamar el pago, si no recibe, no estará obligado a devolver. Esto es todo lo que se comprende en la ley y lo que indudablemente se refunde en la regla general expuesta: la culpa obliga; proposición que tendremos lugar de explicar latamente al tratar

de las obligaciones que se originan por los hechos u omisiones ilícitas.

Para concluir lo relativo a la forma jurídica del establecimiento de las dotes, réstamos únicamente examinar lo determinado en la ley 14 del mismo título. Dice así: «Asignada ó establescida puede ser la dote tambien en las cosas que son llamadas rayz, como en las que son dichas muebles, de qual natura quier que sean. Pero si la muger quisiesse dar dote á su marido de cosa que fuesse rayz, si ella fuesse menor de veynte e cinco años, non lo puede fazer por si, magüer oviesse guardador, á menos de lo fazer saber al juez de aquel logar, que gelo otorgue. Mas si quisiesse dar la dote de las cosas muebles, puedelo fazer, con consentimiento de aquel que ha en guarda á ella e á sus cosas, e non ha por que lo dezir al juez del logar.» Con toda sinceridad confesamos que nunca hemos alcanzado a explicarnos racionalmente las prescripciones que se comprenden en esta ley. La idea de revestir de grandes solemnidades el acto de constituir la dote es la única que puede tomarse por causa, y que al mismo tiempo nos parece insuficiente, porque a nada conduce la solemnidad cuando ni la mera justificación del hecho puede considerarse necesaria. Tan asegurada, tan garantizada queda la mujer, para el ejercicio de todos sus derechos, interviniendo como no interviniendo el juez; y, por otra parte, si por seguridad, si por garantía, se establece la preceptuada solemnidad, por poco que se considere, resultará contradictorio el precepto, pues claro hasta por evidencia aparecerá que la garantía podrá considerarse necesaria respecto de los bienes muebles, mas no de los bienes raíces, puesto que los muebles, una vez enajenados, son de difícil persecución, y los raíces siempre han de estar en lugar desde el cual se oiga la aclamación por su dueño. La obligación en que, por derecho, queda constituído el marido se origina y toma toda su eficacia de la convención y tradición juntamente, y aun de la tradición sin convención, pues ésta, en el mero hecho de la entrega, se presume, como ya dejamos expuesto: la mujer, o entrega, o no los bienes al marido: si los entrega, garanti-

zada queda, pues siempre tendrá el derecho de pedir la devolución, ella o sus herederos, al disolverse el matrimonio, y los mismos bienes, en último resultado, responderán de la correlativa obligación; si no los entrega, si no se constituye la dote, no puede tener aplicación el supuesto de que se constituya con solemnidad. Todo esto es evidente respecto de los bienes raíces; no es tan seguro respecto de los bienes muebles, y, por lo tanto, no puede menos de resultar extrañeza de que la ley exija mayor seguridad, mayor solemnidad, relativamente al supuesto en que se hace menos necesaria. Tal vez el no encontrarse razón convincente para la determinación de la ley haya producido, como es lo cierto, relajación o falta de su observancia en la práctica: sin embargo, el precepto existe; no puede menos de considerarse obligatorio; nunca es suficiente motivo para eludir el cumplimiento de una ley el que no se encuentre su razón: lo prudente, por lo tanto, es observarla, y nunca estará demás que, al casarse una menor, se otorguen contratos matrimoniales con intervención de su guardador y de la autoridad judicial.

Viénese, indudablemente, a determinar, como consecuencia necesaria de las premisas sentadas, que la dote puede consistir en bienes raíces y muebles, y también en derechos y créditos; por consiguiente, en bienes corporales e incorporales. Así es que, sin ningún inconveniente, y tal vez hasta con reconocidas ventajas, podrá constituirse en dote el derecho a cobrar créditos censuales y cualquiera otro que, por ser utilizable para producir medios de subsistencia, pueda aplicarse al sostenimiento de las cargas de la sociedad conyugal. Sin embargo, entre los Romanos se disputó sobre qué efectos debía producir la dación en dote de un usufructo (1). Ulpiano, siguiendo a Celso, determina sencillamente la cuestión por medio de una fácil distinción: dice que hay que considerar si existe pacto, convención cualquiera, por la cual haya de determinarse el concepto, en cuyo caso se estará a lo pactado, pero que si nada exis-

(1) Dig., Lib. 23, tít. 3.°, ley 7, § 2.

te, de modo que el caso no pueda decidirse por lo convenido, debe suponerse que lo que verdaderamente constituye la dote es el derecho, y, por consiguiente, que los frutos, como productos de la dote, corresponden al marido y no tiene que devolverlos: con lo que creemos que basta para comprender lo referente a la forma jurídica de establecerse las dotes y a las cosas o bienes que pueden ser su objeto.

§ II

De la propiedad y administración de los bienes dotales.

¿De quién son los bienes dotales y con qué derecho?—Dectrina del derecho romano de que la mujer es la verdadera propietaria, y su identidad con la legislación alfonsina. — Distinción de la dote en estimada e inestimada. — Enmienda del daño en la apreciación de los bienes dotales, cualquiera que sea su monta.—Objeto de la dote estimada y de la inestimada.—Concepto del dominio con relación a una y a otra clase de dote. — En la dote estimada existe acción personal y obligación, y en la inestimada existe acción real. — Asimilación de la dote estimada a la compraventa, cuando se dan bienes en pago de su valor.—Posibilidad de constituir la dote, parte como estimada y parte como inestimada. — El marido hace suyos los frutos para levantar las cargas del matrimonio. — Confirmación de la doctrina de la propiedad de la dote a favor de la mujer y de la percepción de sus frutos por el marido, por la ley de Partidas. - Requisitos para que el marido adquiera la administración y haga suyos los frutos de la dote. — Examen del relativo a la posesión de los bienes. — Consideraciones acerca de los otros dos requisitos.- Celebración del matrimonio y sostenimiento de las cargas de la sociedad conyugal. — Aumento o disminución de la dote. — Opción a favor del marido para que la dote sea estimada o inestimada. — Efectos del pacto de conceder a la mujer la elección.—Supuesto de no pactarse la elección a favor de ninguno de los cónyuges. —Dote consistente en ganados o en cosas fungibles.— Corta de árboles. — Caso de existir cantera en el fundo dotal. — Evicción y saneamiento de la dote. — Subsistencia de la obligación del marido de sostener las cargas del matrimonio, aunque se pierda la dote.

En toda especulación científica, tanto que tenga por objeto lo físico cuanto lo puramente intelectual, la dificultad consiste en llegar a la verdadera distinción de los semejantes, para no confundir en una engañosa parificación dos cosas que son distintas o diferentes. En la materia de que

vamos a ocuparnos, indudablemente existe este escollo, que ha producido no pequeño trabajo para evitarlo, y que tal vez el mismo anhelo ha llegado a engrandecerlo. Más fácil es, en el actual estado de la ciencia, determinar, hasta la mayor exactitud que puede desearse, cuáles son las atribuciones, la facultades que a cada uno de los cónyuges competen sobre los bienes que forman el cúmulo de los que están destinados al sostenimiento de la sociedad conyugal, que el de fijar la verdadera forma jurídica con la cual deba significarse el derecho respectivo ¿Es o no dominio lo que el marido tiene en los bienes dotales o lo que sobre los mismos tiene la mujer? En una palabra: ¿de quién son y con qué derecho? Cualquiera contestación que se dé a esta pregunta será sostenible, si bien inmediatamente el que la sostenga tendrá que admitir tantas distinciones, tantas restricciones y modificaciones en el concepto, que las ideas excepcionales vengan a preponderar sobre la regla general. Luchando los Romanos con esta dificultad en los tiempos de más adelanto científico, llegaron a decir: «Aunque la dote esté en los bienes del marido, sin embargo, de la mujer es.» Así lo dijeron Ulpiano y Trifonio (leyes 7.ª y 75, título 3.º, libro 23, Dig.); de modo que, indudablemente, según estos sublimes jurisconsultos, cuyas doctrinas, al ser recopiladas en un cuerpo de derecho, fueron elevadas a máximas legales, a la mujer, y no al marido, pertenece la dote, la mujer es la verdadera propietaria de los bienes dotales.

Esta misma doctrina, esta misma máxima, este mismo axioma jurídico se encuentra reconocido en nuestra legislación alfonsina, pero para llegar a determinarla con la debida precisión se hace indispensable empezar por distinguir el supuesto fundamental, y que lo es en tan alto grado; como que de él ha de resultar de qué modo el axioma es exacto, y cómo también puede conducir hasta el absurdo, si se tergiversa en lo más mínimo su verdadera significación. A nada menos que a su perfecta inteligencia conduce la distinción de la dote en estimada e inestimada; con lo que entraremos a considerar el modo de establecer

las dotes, no ya con referencia a la forma jurídica de su establecimiento, sino a los efectos relativos a la transferencia de derechos sobre los bienes dotales.

Dice la ley 16, título 11, Partida 4.ª: «Apreciada puede ser la dote quando la establescen, ó puede ser que la non apreciaron. E apreciada seria, como quando dixesse el que la da: Dovos tal casa, ó tal viña, en dote, e apreciola en cient maravedis. E non seria apreciada, como si dixesse simplemente el que la da: Dovos tal heredad, ó tal casa, en dote. E si la dote fuesse apreciada segund que es sobredicho, e la apreciassen por mas ó por menos de lo que valiesse, si se sentiera por engaño alguno dellos, puede demandar que sea desfecho el engaño, tambien el que da la dote como el que la recibe. E esto se entiende que debe ser guardado en la dote tan solamente. Ca en quanto quier que sea fecho el engaño, en mas ó en menos de lo que vale la cosa, siempre deve ser satisfecho, mostrando el engaño, segund que es dicho, aquel que se tiene por engañado. Mas esto non es en los otros pleytos. Ca non es tenudo de desfazer el engaño el que lo fiziesse; fueras ende, si montase mas ó menos dotro tanto del precio derecho que valia la cosa. E esto seria como si alguno vendiesse la cosa que valia veynte maravedis por quarenta e uno, ó lo que valia quarenta por diez e nueve.» Empezaremos por indicar alguna cosa, y tan sólo con el objeto de descartar, por decirlo así, lo que a ello se refiere acerca de lo que se comprende en la segunda parte de esta ley, puesto que en otro lugar tendremos que ocuparnos de ello con la debida latitud. Por regla general, está admitido en nuestro derecho que los contratos en que intervenga precio, aun después de consumados, se rescindan si se llega a demostrar que ha habido lesión o perjuicio en contra de cualquiera de las dos partes, pero que exceda de la mitad de lo que debe ser justo y equitativo. Esta ley 16 ordena que cuando la convención haya recaído sobre la apreciación o avalúo de los bienes dotales, si hay lesión, si resulta perjuicio, cualquiera que sea su monta, el daño debe de enmendarse. La razón, desde luego, se comprende: en

esta clase de contrato nunca debe suponerse que los contratantes se guían por ninguna idea de lucro mercantil, sino que proceden, no sólo con entera buena fe, sino con el propósito de la mutua conveniencia, y, por consiguiente, que todo lo que resulte en contra de uno o del otro, únicamente puede atribuirse a mera equivocación o mero error de concepto, que, una vez conocido, nadie debe utilizarlo en su favor.

Entrando ya de lleno en la indicada distinción, y usando el lenguaje que puede llamarse común, aunque es lo cierto que las voces estén más directamente tomadas de sus originales latinos, encontraremos desde luego que la apreciada o inapreciada es igual a estimada o inestimada. Se entiende por dote estimada cuando se constituye de modo que se atiende, no a las cosas, sino a su valor, y, por consiguiente, fijando cuál sea. Por el contrario se dice ser la dote inestimada cuando se constituye, considerando las cosas y sin consideración a su valor. No creemos necesario detenernos en demostrar la concordancia de estas ideas con las que se comprenden en el texto legal copiado, por la sencilla razón de ser a todas luces tan clara como cierta, pero sí tenemos que parar muy detenidamente nuestra atención para llegar a distinguir lo que, de no hacerlo, podría confundir los conceptos. El objeto de la dote estimada es siempre un valor, representado por su común denominador, que es el dinero, en cantidad determinada. Bien sea lo que se da en moneda, bien sea cualquiera otra cosa corporal o incorporal, para que la dote tenga la verdadera condición de estimada, es preciso que se traduzca en valor, que se diga: Se constituye en dote tanta cantidad, tomando por unidad cualquiera de las monedas admitidas en el uso común. Si lo que se da es moneda-dinero, no hay necesidad de más, pero si se dan cualesquiera otras cosas, es preciso determinar la apreciación, el cuanto valen, de modo que siempre el objeto de la dote sea el valor. Cuando las cosas se dan sin apreciarlas, sin valuarlas, cuando se constituye dote inestimada, ya no se trata de valor, ya las mismas cosas son el objeto, y de aquí la gran

diferencia, que viene a ser el medio de explicar y, por consiguiente, comprender en toda su extensión el axioma: Aunque la dote esté en los bienes del marido, sin embargo, es de la mujer.

Siendo, pues, el objeto de la dote estimada un valor, y de ninguna manera, específicamente, los bienes que lo representan, resulta que la transferencia, que el derecho, versa sobre una cosa incorporal, porque tal es la verdadera condición del valor: proposición que sentamos como cierta e indudable en los terrenos económico y jurídico, excusando, empero, por ahora, su explanación y justificación, porque debe ser reservada para otro lugar. El dominio y todos los demás derechos en la cosa sólo pueden versar sobre las cosas corporales; también esto tendrá su lata explicación y corroboración en su respectivo lugar. Pero, admitidas las dos premisas, la legítima y precisa consecuencia necesariamente tiene que ser: Acerca de la dote estimada no puede admitirse la idea de dominio. Negándose, por consiguiente, el supuesto, a ninguno de los dos cónyuges puede atribuirse. En la dote inestimada sucede precisamente lo contrario: su objeto no es el valor, sino específicamente las cosas que la constituyen, que tienen que ser corporales o incorporales con referencia a otras corporales, como sucederá en el caso ya previsto de que se constituya en dote, por ejemplo, el derecho a percibir unos réditos censuales; por lo mismo cabe el supuesto de derecho *in re*, y en su caso, el de dominio, y por eso se atribuye a la mujer: de lo que a todas luces, con toda precisión, resulta que el axioma jurídico comprende exactísimamente la dote inestimada, y que, respecto de la estimada, para que en él se comprenda es preciso extender algún tanto más la consideración. No puede en ella suponerse a la mujer dueña, propietaria por dominio, pero, indudablemente, le compete la propiedad en el concepto de acreedora: del acreedor es el derecho de cobrar; y como en esto, precisamente, consiste lo que la mujer tiene en la dote estimada, este es precisamente el concepto bajo el cual la dote estimada se comprende en el axioma jurídico.

De todo esto se desprende que, en la dote estimada, no pudiendo existir dueño, no existe más que acreedor y deudor, acción personal y obligación, si bien la acción esté garantizada con el derecho real de hipoteca, que también en su lugar tendremos ocasión de considerar, pero no por esto es menos cierto que el derecho de la mujer, en lo originario, en lo fundamental, en lo esencial, es estrictamente a la cosa y correlativo a una obligación personal, por más privilegiado y garantizado que aparezca. En la dote inestimada, porque puede existir, existe, el dominio, la acción es real, y, por consiguiente, puede ejercitarse, no sólo contra el marido, sino contra cualquier otro poseedor de la cosa. Así es que el derecho romano, en la admirable precisión con que expresaban las ideas y en la gran facilidad que les proporcionaba para hacerlo su perfeccionadísimo lenguaje, se observa, particularmente en el Digesto, que, siempre que se refieren a reclamación de dote estimada, usan el verbo *condicere*, y cuando se refieren a reclamación de dote inestimada, el *vindicare*.

Refundiendo todas estas ideas, y con el objeto de determinar por medio de una fórmula la diferencia entre la dote estimada e inestimada, han dicho algunos, y muchos aceptado, que en la estimada, cuando se dan bienes en pago del valor que se constiye, se verifica una compraventa. Sin repugnancia puede admitirse el supuesto, mientras se tome como meramente explicativo, y en ninguna manera si quiere dársele carácter de exactitud en su esencia, porque para ello, desde luego, aparece un inconveniente: el de que el comprador, por la esencia del contrato, si no paga el precio, no hace suyos los productos de la cosa, pues de ellos tiene que responder, y el que recibe en dote los adquiere sin pagar el precio, por la misma esencia del contrato. Por lo tanto, y hecha esta salvedad, efectivamente, el concepto, tomándolo como explicativo, como un verdadero símil, y nunca con carácter de completa parificación, podrá admitirse y proporcionar medios para facilitar la inteligencia, confirmando las ideas ya emitidas, y aun otras varias que se comprenden en las mismas o pueden deducirse de ellas,

y con cuya indicación podremos concluir esta generalización en que nos estamos ocupando. Cuando la dote consiste en dinero y se entrega como tal en cantidad fija por el mismo hecho, no puede menos de ser estimada: esto también podría oponerse a la idea de compra y venta si no se tomara en el concepto expresado, porque vendría a resultar precio sin cosa, lo que no sólo repugna al mencionado contrato, sino que llega a ser contradictorio. Cuando las cosas se aprecian o valúan, pero sin intención de darlas en pago o representación de la cantidad estipulada, no por eso se constituyen en dote estimada; y el concepto se explica jurídicamente distinguiendo la apreciación accidental de la sustancial, y, por esta razón, la dote en estimada sustancialmente, o por accidente, resultando, en este último caso, sea verdaderamente inestimada. Por último, ningún inconveniente aparece, y hasta suele ser frecuente, en la práctica, que la dote se constituya: parte, como estimada, y parte, como inestimada.

Pasemos a examinar lo que nos resta del axioma que viene sirviéndonos de guía. Podemos ya fijar cuáles son los derechos de la mujer, a lo menos en términos generales, bien la dote sea estimada, bien inestimada: puédese ya comprender las ideas que se encierran en la parte del axioma que dice: La dote es de la mujer; veamos qué significa la otra parte, expresada con las palabras: La dote está en los bienes del marido. Dice Ulpiano (ley 7.ª, título 3.°, libro 23, Digesto): «El fruto de la dote debe pertenecer al marido, así lo sugiere la equidad, pues siendo él mismo quien sufre las cargas del matrimonio, equitativo es que perciba el fruto.» Y dicen los emperadores Diocleciano y Maximiliano (ley 20, título 12, libro 5.°, Cod.): «En beneficio de las cargas del matrimonio, se hacen del marido todos los frutos de la dote que el mismo percibe; y si permite a la mujer que de ellos tome alguna cosa por causa de donación, aquello en que ella se haya enriquecido puede serle demandado por el marido, pues así es evidente en derecho.» He aquí cómo la dote está en los bienes del marido; no es suya, porque hay otro a quien corresponda la propiedad, que es la mujer: en

la inestimada, como dueña por dominio; en la estimada, como acreedora, pero el marido se utiliza, por derecho propio, de aquello mismo que corresponde a su mujer: la utilidad que reporta es un bien que está entre los suyos, formando parte de sus bienes propios. Pero todavía es preciso considerar para no perder de vista el supuesto fundamental de la razón por la cual al marido se conceden los indicados derechos reconocidos en los textos citados, puesto que en los mismos se consignan: Hace suyos los frutos de la dote para acudir con ellos a levantar las cargas del matrimonio; el concepto, por lo tanto, no es absoluto, es relativo, porque constituye al marido en una condición necesaria, y sin la cual no puede reconocerse la razón de las mismas atribuciones que por ella, y no sin ella, se le conceden. Siempre, pues, que falte la razón determinativa, resultará inaplicable el supuesto, y, por consiguiente, cuando llegue el caso en que el marido no pueda aplicar al sostenimiento de las cargas del matrimonio los frutos, los productos de la dote, no podrá hacerlos, no los hará suyos. Y aun resulta de los mismos principios reconocidos otra consecuencia: si la dote está en los bienes del marido, si al marido pertenecen los frutos y productos que de la dote perciba, si en estos frutos o productos necesariamente ha de influir el que la dote sea bien o mal administrada, la administración no puede menos de atribuirse al marido, no sólo por suponérsele mayor aptitud y la exclusiva jefatura, sino por ser forzoso reconocer que él es el más directamente interesado; y no decimos que lo sea exclusivamente, por no contrariar la doctrina sobre gananciales, de que en su oportuno lugar nos ocuparemos.

Con estos antecedentes podremos ya pasar a examinar las leyes de las Partidas, por las cuales, no sólo se encuentran confirmados, sino también determinados en todas sus consecuencias. Sin ellos rayaría en el imposible la inteligencia de estas mismas leyes, porque en algunos de sus preceptos llegan a aparecer, no sólo confusas, sino contradictorias; mas esto tan sólo es apariencia producida por la falta de precisión en el lenguaje, que no podía tener, en

tiempo de D. Alfonso, ni, por desgracia, todavía tiene, la perfección a que llegó el de los Romanos.

Hemos visto que en la ya citada ley 1.ª se dice que la dote es como propio patrimonio de la mujer. La 7.ª, del mismo título, dice así: «En possession deve meter el marido á la muger de la donacion quel faze; e otrosi, la muger al marido de la dote quel da: e como quier quel uno meta al otro en tenencia dello, todavia el marido deve ser señor e poderoso de todo esto sobredicho, e de rescebir los frutos de todo comunalmente, tambien de lo que da la muger, como de lo que da el marido, para governar á si mismo, e á su muger, e á su compaña; e para mantener, e guardar el matrimonio bien e lealmente. Pero con todo esto non puede el marido vender, nin enagenar, nin malmeter, mientra que durare el matrimonio, la donacion que el dio á la muger, nin la dote que rescibió della; fueras, ende, si la diese apreciada. E esto debe ser guardado, por esta razon: porque si acaesce que se departa el matrimonio, que finque á cada uno dellos, libre e quito, lo suyo, para fazer dello lo que quisiesse, o á sus herederos, si se departiesse el matrimonio por muerte.» Desde luego, vemos ya en estas dos leyes lo que dejamos indicado: en la una se dice que la dote es patrimonio de la mujer; en la otra, que el marido deve ser señor e poderoso de la dote; y, poco después, ya se atribuye la propiedad otra vez a la mujer, pues al suponer la disolución del matrimonio, se expresa que a cada uno de los cónyuges debe quedar libre e quito lo suyo, reconociéndose que la dote es de la mujer. ¿Cómo, pues, ha de ser esto, si el marido es el señor? Comprendiendo que la dote está en los bienes del marido, y que, sin embargo, es de la mujer. Y véase también cómo en la ley 7.ª se declaran propios del marido los frutos de la dote para gobernar á si mismo, e á su muger, e á su compaña, e para mantener e guardar el matrimonio bien e legalmente; y a seguida se establece la prohibición de que el marido pueda vender, ni enajenar, ni dilapidar la dote, a no ser que sea apreciada, es decir, que en la inestimada no se le concede ninguna de las facultades fundamentales del dominio y sí sólo la lata

administración, extensiva hasta poder vindicar las cosas por derecho propio, pero en nombre de su mujer, y en la estimada se le concede todo, respecto de los bienes recibidos en pago y en concepto de sólo ser deudor de la cantidad que con ellos se satisfizo.

Mas todavía es preciso parar la consideración en el supuesto con que empieza la misma ley 7.ª: dice que la mujer debe poner en posesión de la dote al marido, y para todas sus determinaciones parte de esta premisa. El examen de este punto es tanto más interesante cuanto que, indudablemente, es forzoso reconocer que por nuestra legislación posterior ha venido a sufrir alguna modificación el concepto. Según la de Partidas, para que el marido tuviera la facultad de administrar y de percibir los frutos era preciso que el que constituyera la dote le diera la posesión, y así dice la ley 25 del mismo título: «Necessarias son al marido tres cosas, e conviene por fuerza que las aya, para ganar el fruto de la dote que le dió su mujer: La primera es que el matrimonio sea fecho. La segunda es que sea metido en tenencia de la dote. La tercera, que sufra el embargo del matrimonio, governando á si mismo, e á su muger, e á sus fijos, e á la otra compaña que ovieren; e aviendo el marido por si estas tres cosas sobredichas, deve aver los frutos de la dote que le diere su muger, quier sea estimada ó non.» Se hace, pues, necesario, según esta ley 25, para que el marido adquiera la administración y haga suyos los frutos de la dote, que se verifique el matrimonio, que sea puesto en posesión de los bienes que la constituyen y que sobre él graviten las obligaciones de atender al sostenimiento de la sociedad conyugal en los mismos términos que ya tenemos expresados. Lo primero y lo tercero, que vienen a refundirse en una misma idea, puede considerarse como comprendido en la misma esencia de la constitución de la dote y deducirse directa y lógicamente de los principios reconocidos sobre la materia. Pero lo referente a ser metido en posesión, al acto material de la entrega de las cosas, en este concepto necesita alguna explicación, porque, como hemos dicho, por nuestra legislación posterior se han establecido

prescripciones que modifican el concepto. La percepción de frutos y la consiguiente administración de los bienes dotales, por la primitiva legislación romana se atribuían al marido, como necesaria consecuencia del estado civil y social que respecto de toda su legislación regía. La mujer, al casarse, salía de la potestad paterna para entrar en la marital; nada podía hacer por sí: todo lo que le incumbiera tenía que hacerlo el marido, por derecho propio. *Maiores nostri nullam nec privatam quidem rem fœminas sine autore voluerunt, in manu esse parentum, fratrum, virorum*, dice Catón. Consecuencia natural era que el marido administrara sus bienes; y, admitida la premisa de que los frutos de los dotales se destinaban al sostenimiento de las cargas del matrimonio, lo era tambien que el marido pudiera disponer de ellos, sin más que esta condición. Reconocíase, sin embargo, la facultad de estipular contra este efecto natural, constituyendo los bienes en condición de parafernales, o, lo que es lo mismo, fuera de las condiciones de los dotales. Mas, por lo mismo, esto no podía establecerse sino por convención, consintiéndolo el marido. Por el derecho justiniáneo se extendieron las facultades de la mujer: ya no se la consideraba tan absolutamente sujeta a la potestad del marido, ya se le reconocían facultades propias sobre sus bienes, y, por consiguiente, ya no podía deducirse como condición, como consecuencia natural, la de que la administración de los bienes de la mujer, por derecho propio correspondiera al marido; era, pues, necesario, para que la tuviera, que el que constituyera la dote transfiriera esa facultad al mismo marido (ley 8.ª, título 14, libro 5.°, Cód.). Las leyes de las Partidas, reflejo de la legislación romana, concedieron al marido las mismas atribuciones y facultades que las leyes romanas le concedían sobre los bienes dotales, estableciendo como requisito indispensable para que las ejerciera, no ya la constitución de la dote, sino un hecho determinativo del concepto, cual era el dar la posesión. Pero, según ya hemos tenido ocasión de explicar y determinar en el capítulo anterior, por la legislación de Toro se estableció que nada pudiera hacer la mujer sin licencia o consentimiento

del marido, y con esto vino a resultar que no sea necesaria la dación en posesión para que el marido pueda administrar los bienes dotales, y que sea necesario el pacto, la convención, el consentimiento, en una palabra, del marido, para que la mujer pueda por sí misma administrar los bienes de su pertenencia, en todo o en parte: de modo que, por la legislación de Partidas, todos los bienes de la mujer que no se constituían en dote, o cuya posesión no se daba al marido en este concepto, se consideraban extradotales, fuera de la administración del marido, y conforme a los preceptos de la legislación de Toro, es preciso, al efecto, que expresamente se pacte, y, de lo contrario, sin necesidad de tradición, ni aun de pacto expreso, la administración y la percepción de frutos de todos los bienes de la mujer corresponden al marido. Necesariamente tendremos que explanar estas ideas al tratar de los bienes parafernales, pero no hemos podido prescindir de adelantar estos conceptos, pues, de otro modo, imposible sería determinar debidamente la aplicación de las dos leyes citadas, que tratan de la necesidad de que al marido se le dé la posesión de los bienes dotales.

En cuanto a los otros dos requisitos que la misma ley 25 exige para que al marido corresponda la administración y la percepción de frutos, y que son: que el matrimonio se realice y que el marido esté en la condición natural necesaria de atender a las cargas de la sociedad conyugal, ya hemos dicho que se presentan como consecuencias inmediatas de la misma idea del sistema dotal, y, al mismo tiempo, como fundamento de otras deducciones. Para que la dote se considere verdaderamente constituída, debe realizarse el matrimonio a que se refiere. Ya hemos visto que la dote puede establecerse antes o durante el matrimonio; el supuesto que ahora estamos examinando se refiere al primer concepto de los que se comprenden en esta distinción, es decir, a cuando la dote se establece antes del matrimonio, y la proposición legal se reduce a declarar que si el matrimonio no llega a verificarse, queda ineficaz cuanto respecto de la dote se haya tratado o convenido. Para de-

terminar con precisión, y de un modo fundamental, el razonamiento de esta proposición, decían los Romanos: «Los frutos que se perciben durante el matrimonio no son dote, pero si antes del matrimonio han sido percibidos, en dote se convierten. Las cosas que se dan en dote entran en los bienes del marido, si se dan durante el matrimonio, pero si se dan antes, es preciso distinguir: si se han dado de modo que el marido inmediatamente pueda disponer de ellas, desde el momento en que los esponsales o mutua promesa y aceptación de futuro matrimonio se rescinda o anule, la mujer puede reclamar del varón el valor *(condicere)*; si se han dado de modo que sólo debieran considerarse a disposición del varón desde el momento en que se casase, la mujer, en el instante de anularse o rescindirse el contrato de futura celebración de matrimonio, puede reclamar las mismas cosas *(vindicare)*» (Ulpiano, ley 7.ª, título 3.º, libro 23, Dig.) De este modo explicaban y determinaban todos los conceptos: suponían, de un modo incuestionable, que todo lo que se daba por razón de un matrimonio futuro era bajo la condición de que el matrimonio se verificara, aunque así no se expresara: de modo que, resuelto el supuesto negativamente, porque en este concepto se resolvía la condición, todo quedaba rescindido, pero alambicaban los conceptos hasta el punto de que, si la entrega se verificaba en términos de consignarse expresamente que las cosas entregadas entraran desde luego a ser de libre disposición del marido, aun rescindido el contrato de futuro matrimonio, sólo concedían a la mujer acción personal *(condicere)*, mas si las cosas eran entregadas con la condición expresa de que sólo pudiera disponer de ellas el varón si el matrimonio se realizaba, a la mujer, rescindido el contrato de futuro matrimonio, se le concedía el derecho de reclamar las mismas cosas *(vindicare)*. Y en los dos casos, y considerando que antes de realizarse el matrimonio, o que hasta que el matrimonio se realizara, no puede existir la razón por la cual el marido hace suyos los frutos, cual es la obligación en que está de levantar las cargas del matrimonio, determinando que los frutos de esos

bienes dados en concepto de dote, y para que lo fueran con relación al matrimonio tratado, no se hicieran del marido, sino que vinieran aumentar la misma dote. En las leyes de Partidas, con toda exactitud se establecen estas mismas prescripciones, pero como tienen analogía con otras que se refieren al aumento de las dotes, se encuentran mezcladas con ellas en unos mismas leyes, que pasamos a examinar.

Dice la 18 del mismo título: «Acrescida ó menguada podria ser la dote ó el arra. E por ende queremos aqui mostrar á quien pertenesce el pro ó el daño della. E dezimos que si la dote que diere la muger al marido fuere apreciada, assi como de suso es dicho, si se mejorare ó se pejorare despues, al marido pertenesce el pro e el daño della; fueras ende, si el mejoramiento ó la pejora acaesciesse ante que las bodas oviessen fechas; ca estonce el daño e el pro seria de la muger. E esto es porque tal donacion como esta es fecha so condicion que es tal si el casamiento se cumple. Ca magüer fuesse estimada, como sobre dicho es, non valdria si el casamiento non se cumpliesse. E por ende, fasta que las bodas sean fechas, á la muger pertenesce el daño, e el pro de la dote, magüer el marido sea tenedor della. Mas si apresciada ó estimada non fuesse la dote quando la diesse la muger al marido, estonce pertenesce el daño ó el pro de la dote á la muger, en qualquier tiempo que venga; fueras ende los frutos, e la pro que viniesse por razon dellos, que lo deve aver el marido para mantener el casamiento.» Tenemos ya en esta ley reconocido el principio de que en el establecimiento de la dote, por mas que no se exprese la condición de que los bienes a que se refiere sólo se transfieren para el caso en que el matrimonio se realice, debe suponerse siempre como cierta y necesaria. Consígnase en ella además que el aumento o disminución de la dote estimada corresponde al marido, y cuando es inestimada, a la mujer. Declárase también que, ora la dote sea estimada, ora inestimada, el aumento que adquiere o disminución que sufre, desde que se constituye y entrega al marido hasta que se verifica el matrimonio, corresponde a la mujer; y, por último, que los frutos, desde que se ve-

rifica el matrimonio, pertenecen al marido, para levantar las cargas de la misma sociedad conyugal. Ya con sólo coordinar estas ideas podría deducirse que los productos de los bienes dotales percibidos con anterioridad a la celebración del matrimonio deben considerarse aumentos de la dote, pero como esto determinadamente se establece en otra ley, queremos consignarla, para poder proceder, en la exposición de la materia, con el auxilio de todos los supuestos.

A la que nos referimos es a la 28 del mismo título, que dice así: «Desfrutan los esposos á las vegadas, ante de las bodas, las dotes que les dan las esposas, e los frutos que desta manera resciben, non los ganan ellos, mas acrescen la dote, porque deben ser ayuntados con ella e contados con ella. E como quier que despues que han fecho las bodas deben ser en poder del marido tales frutos como estos en uno con la dote, e los deve desfrutar para sostener el matrimonio, con todo esto, si se departiere el casamiento, en salvo fincan á la muger. Pero si el esposo gobernasse e diesse de vestir ante de las bodas á su esposa, los frutos que rescibiesse de la dote en aquella sazon non deven ser contados con ella, nin demandados al esposo. E esto es de egualdad, mas non por fuerza de derecho. E podria acaescer que seria assi, quando alguno se desposasse con alguna que non fuesse de edad, e la oviesse de atender fasta que lo fuesse.» Vemos que en esta ley, conforme a lo que hemos indicado, se distingue con toda precisión que los productos de la dote percibidos antes del matrimonio son aumento de la misma, y que los que se perciban ya después de constituída, y mientras dura la sociedad conyugal, correspondan al marido, y que esta proposición, en su primer miembro, admite por única excepción el supuesto de que el esposo, antes del matrimonio, con los frutos de la dote que ya le ha sido entregada, atienda a la manutención de la esposa, y aun esto dice la ley que es por equidad y no por rigor de derecho. Tenemos, por consiguiente, ya sentados todos los preceptos legales, y nos encontramos, por lo mismo, en posición de hacer sobre ellos las ob-

servaciones conducentes a su inteligencia y justificación.

Comprendida la diferencia esencial que distingue la dote estimada de la inestimada, desde luego aparece claro, hasta por evidencia, que el aumento o disminución en la primera sea de cuenta del marido desde el momento de la celebración del matrimonio, y en la segunda afecte a la mujer desde el momento que la dote se constituya, y sin distinguir el tiempo anterior del posterior a la celebración del mismo matrimonio. Y decimos que esto es claro hasta por evidencia, porque para demostrarlo basta sólo considerar que la dote estimada no puede tener intrínsecamente aumento ni disminución desde el momento que se celebra el matrimonio, y que, por el contrario, la inestimada puede tenerlos. El objeto de la estimada es un valor, una cantidad determinada: ésta, por sí misma, no puede variar, porque aun suponiendo que pueda aumentarse por la acumulación de sus productos, réditos o intereses, como éstos, desde la celebración del matrimonio, no son dote, y sí pertenecen al marido, o más bien a la sociedad conyugal, no pueden aumentar el haber dotal. Por la misma razón de consistir la dote estimada en un valor, en una cantidad determinada, por sí misma tampoco puede disminuirse, pues siempre, para el caso de devolución, el marido, o sus derechohabientes, como verdaderos deudores, tendrán obligación de devolverla. Es cierto que como la dote puede establecerse antes del matrimonio, al tiempo de celebrarlo y después de verificado, puede el marido recibir en dote estimada otros diferentes valores o cantidades de las que tenga recibidas, pero esto nunca será por causa intrínseca emanada forzosamente de la dote ya constituída, sino por causa extrínseca, como distinta cantidad sumada, y he aquí por qué la dote estimada antes de la celebración del matrimonio efectivamente puede aumentarse; por manera que, distinguiendo lo intrínseco de lo extrínseco, con toda precisión y exactitud se sienta la proposición de que, antes del matrimonio, la dote estimada puede aumentarse intrínseca y extrínsecamente, y no puede disminuirse una vez que haya sido entregada al marido, y, des-

pués de verificado el matrimonio, intrínsecamente no puede sufrir aumento ni disminución; extrínsecamente puede aumentarse, mas nunca disminuirse.

Por el contrario, los bienes dados en dote inestimada por causas existentes en sí mismos, intrínsecamente, pueden tener aumento o disminución: por ejemplo, un fundo, limítrofe a un río, puede aumentarse o disminuirse por causa del curso natural de las aguas, puesto que los efectos pueden ser favorables o adversos al aumento o disminución del terreno, y lo que en pro o en contra resulte afecta, como no puede menos de afectar, al dueño; el dueño de la dote inestimada es la mujer: luego a la mujer deben atribuírsele los beneficios o perjuicios que, por la misma esencia de los bienes, que son suyos, lleguen a verificarse; y esto, y por las razones ya expuestas, lo mismo es que se verifique antes o después de celebrado el matrimonio, sin que creamos necesario decir nada respecto de frutos, porque sobre ellos no hay distinción. Tal vez alguno encuentre que a toda esta teoría puede oponerse la objeción de si la disminución procede por culpa del marido: indudablemente, en tal caso tendrá que responder de ella, pero su obligación no será emanación directa del derecho total, sino del hecho u omisión ilícita, de la falta del cuidado que debía poner en la custodia de las cosas que le están encomendadas para administrarlas fielmente y devolverlas en el mismo estado en que las ha recibido. Resultará, por lo tanto, obligado, por culpa, a lo que el perjuicio monte, mas sólo en este concepto y por esta razón, y en manera alguna por hechos que no le sean imputables.

Así resulta consignado en la última parte de la ley 18, con cuyo examen no sólo aparecerá confirmada esta doctrina, sino también otra de las modificaciones de los conceptos que se distinguen por medio de la división de dote estimada e inestimada. Estas son sus palabras: «Si quando la muger establesce la dote á su marido, lo fiziesse desta guisa, diziendo assi: que dava unas casas en dote, e que las apreciava en dozientos maravedies, en tal manera que si el casamiento se partiesse, que fuesse en escogencia del

marido de tornar las casas ó dozcientos maravedies: desta guisa seyendo establecida la dote, el pro, e el daño, que ende viniesse, seria de la muger, e non del marido, si el marido escogesse de darle las casas, quier fuessen empejoradas, ó mejoradas; fueras ende, si la muger podiesse provar que por culpa del marido avino daño en aquello que le dió por dote, ó si por aventura el marido rescibiesse sobre si todo el daño que aviniesse en la dote quando gela dió la muger.» Desde luego se ve en esta ley que el ser la dote estimada o inestimada puede, por pacto, dejarse a la voluntad del marido, concediéndole el derecho de elección para que a su voluntad opte entre la devolución de las cosas o de la entrega del valor en que han sido apreciadas, declarando al mismo tiempo que, si opta por lo primero, el menoscabo que hayan sufrido afectará a la mujer, a no ser que proceda de culpa del marido, o éste se haya obligado a tomarlo sobre sí y responder de él.

La siguiente ley 19 del mismo título explana todavía la doctrina en estos términos: «Señalando la muger al marido su dote, en casa, ó en viña, ó en otra heredad, apreciándola, si tuviese para sí la escogencia de tomar lo que le dá por dote, ó aquello por que lo aprecia; si se partiesse el casamiento, e non otorgasse la escogencia al marido segund dize en la ley ante desta, el daño, ó el pro, que y viniesse, si fuere crescida, ó menguada, seria della, e non del marido. E podria ser que quando establesciesse la muger la dote, que tal escogencia, como sobredicho es, que non diria que la ternia para si, nin que la daba al marido, mas que dava tal cosa en dote, e apreciada por tantos maravedis: e que este apreciamiento fazia, porque si la cosa que daba en dote se empejorasse, que sopiessen quanta era la perjoria, á razon de aquel apreciamiento. E en esta manera aun seria el pro, ó el daño, que y acaesciesse, de la muger e non del marido.» Si en la ley anterior se determinan los efectos de conceder al marido la elección, en ésta vienen a determinarse los que produce el pacto de concederla a la mujer; y es de notar que, ya admitido este supuesto, no se le reconoce el derecho de reclamar desperfectos, ni aun en

el caso de que sean producidos por culpa del marido, ni en el de que el marido haya tomado a su cargo los que puedan ocasionarse. Y la razón es muy sencilla, pues consiste en suponer que, en el mero hecho de elección, están salvados todos los inconvenientes y toda clase de perjuicios, puesto que si las cosas mismas dadas en dote han sufrido menoscabo que disminuya su valor, nunca podrá sufrirlo el pactado; y la mujer, o sus derechohabientes, en manera alguna pueden suponer que las cosas valieran más que aquello en que habían sido apreciadas; y, supuesto a su voluntad está el reintegrarse por completo, si otra cosa escoge, a su perjuicio debe ser. Llega la ley a suponer que no se haya pactado el derecho de elección a favor de ninguno de los dos, pero sí que se haya expresado el valor de las cosas, diciéndose que así se hacía para que pudiera saberse si aumentaban o disminuían de valor, y concluye declarando que, aun en este caso, el pro o daño que resulte en las cosas afecta a la mujer y no al marido, es decir, que siempre que haya duda acerca de si la dote se constituye en concepto de estimada o inestimada, deberá suponerse el segundo, si las cosas, por su naturaleza, son susceptibles de conservación en el mismo estado, y, en esta razón, el beneficio o perjuicio deberá corresponder a la mujer; por lo que también los autores admiten como inconcuso que, cuando aparezca la mencionada duda, debe quedar su resolución a la voluntad del marido, en consideración a que, resultando siempre deudor, bien de especie, en el caso de que la dote sea inestimada, bien de cantidad, si es estimada, a su favor debe estar, en caso de absoluta duda, el derecho de opción respecto de cumplir y satisfacer por entero la obligación.

Con los principios y preceptos que hasta aquí llevamos examinados creemos que basta para poder comprender y determinar la materia de la percepción de frutos, unida a la de aumento o disminución del haber dotal, en lo que no pueden menos de estar relacionadas. Sin embargo, todavía tenemos que hacernos cargo de algunas particularidades consignadas en leyes especiales, que, más que excepcionales, son aclaratorias, por si acerca de las cosas a que

se refieren pudiera originarse duda difícil de resolver por los supuestos generales. Bajo este concepto, aparece en primer lugar la ley 21 de dicho título y Partida, que dice así: «Ganados dan las mugeres en dotes á las vegadas á sus maridos. E si por aventura, quando establescen la dote en ellos non los aprescian, el peligro que y aviniere será de la muger, e levara el marido los frutos dellos para sostener el matrimonio mientra que durare; pero si acaesciesse que de los ganados que diere la muger en dote á su marido mueran algunos, tenudo es el marido de tornar otros tantos en lugar de aquellos que murieron, de aquellos fijos mismos que nascieron dellos. Mas si establesciesse la muger la dote en cosa que se pudiesse contar, assi como en aver monedado, de qual manera quier que sea; ó en cosa que se pueda pesar, assi como oro ó plata, ó otro metal qualquier que sea, ó en cera, ó en otra cosa semejante; ó en cosa que se pueda medir, assi como civero, ó vino, ó olio, ó otra qualquier que se pueda medir, todo el pro ó el daño que aviniesse en qualquier destas cosas, despues que fuessen dadas, seria del marido, e non de la muger. E esto es porque desque gelas da la muger, puedelas el marido vender, e fazer dellas lo que quisiere, para servirse dellas, e mantener el matrimonio mientra durare. Mas con todo esto, tenudo es de tornar á la muger otro tanto, e atal, como aquello quel dio en dote, si se partiere el matrimonio en vida, sin su culpa della ó por muerte.»

En la primera parte de esta ley se aclara el concepto en que debe entenderse la percepción de frutos cuando la dote consiste en ganados, es decir, en cosas semovientes, constituyendo verdadera grey, o, lo que es lo mismo, conjunto o rebaño, en cualquiera de las denominaciones con que se determinan las diferentes especies. Distínguese que aun sobre estos objetos puede constituirse dote estimada o inestimada: si son dados en el primer concepto. es claro y evidente que, convenida la apreciación, lo que ella importe es la verdadera dote, y del valor es de lo que el marido tiene que responder. Mas si se da en el segundo concepto, sólo pueden considerarse frutos los que se perciban mantenien-

do el rebaño o grey en el mismo estado en que se recibe, y dedicando al efecto la cría de los mismos animales a la reposición de los que perezcan o se consuman en beneficio de la sociedad conyugal, ya directa, ya indirectamente, como se verifica por medio de la venta para aprovechar el precio. La segunda parte de la ley es también aclaratoria de otro de los supuestos que venimos reconociendo. Las cosas que se llaman fungibles, porque sólo pueden aprovecharse consumiéndolas, ya directa, ya indirectamente, por medio de la enajenación, para utilizar su valor, no pueden ser objeto de dote inestimada, y la ley, con harta filosofía, empieza a enumerarlas por el dinero. La razón en la misma ley se expresa: «E esto es porque desque gelas da la muger, puedelas el marido vender, e fazer dellas lo que quissiere, para servirse dellas e mantener el matrimonio mientra durare.» Mas concluye la ley declarando que el marido, a la disolución de la sociedad conyugal, «tenudo es de tornar a la muger otro tanto e tal como aquello quel dió en dote»; y esto también comprende en sí otra aclaración. Si las cosas fungibles se dan sin apreciarlas, la obligación consiste en devolver otro tanto del mismo género y calidad, de modo que en esto se encuentra la última diferencia entre la dote estimada e inestimada, diferencia que ya en el dinero no puede reconocerse, por la sencilla razón de llevar en sí intrínsicamente la valuación, por lo que aun podría disputarse si debe afectar al marido o a la mujer la variación que sobrevenga después de constituída la dote en el valor de la moneda, si no estuviera decidido, por regla general, en la ley 18, título 17, libro 9.°, de la N., y su respectiva nota, que las obligaciones deben satisfacerse en la propia moneda recibida o en el valor equivalente que tenía al tiempo de contraerse, sin que se deba para ello tomar en cuenta el aumento del valor de la misma moneda. Determinado ya el modo de deberse entender la dote inestimada, constituída en ganados que formen rebaño o grey, todavía falta considerar los que pueden darse, no en conjunto, sino en sentido individual; y sobre esto no hemos encontrado ley que directamente lo determine, ni entre las

romanas. Por más repugnante que sea, tal vez la razón consista en que en una y otra legislación se comprende el supuesto en las que hablan del parto de las esclavas. No queremos detenernos acerca de ellas: citaremos, sin embargo, las 20 y 25, en su segunda parte, de dicho título y Partida, llamando sobre ellas la atención, para que, en caso de alguna duda, pueda encontrar, el que quiera aclarar este punto, una guía que, por analogía, aunque monstruosa, le encamine a la solución.

La ley 27 del mismo título dice así: «Tajando el marido algunos arboles de aquellos que non son costumbrados de tajar, que estoviessen en alguna heredad que le oviesse dado su muger en dote que non fuesse apreciada, non los deve el marido aver, mas la muger. Ca non puede tomar, nin tomar por fruto el árbol; como quier que podria llevar el fruto del, ante quel cortasse. Esto mismo seria si tales arboles como estos arrancasse viento, ó los derribasse, ó los tajasse alguno: ca de la muger deben ser, e non del marido. Otro tal seria si la muger diesse al marido en dote alguna heredad, en que fuesse fallada pedrera, despues que gela oviesse dado: ca si la pedrera fuesse de natura que non cresciesse, despues que tajassen della, que debe ser de la muger e non del marido. Mas si la pedrera fuesse de tal natura que cresciesse, asi como aviene en algunos logares, de tal como esta, deve ser el fruto della del marido, mientra durare el matrimonio.» En esta ley se comprende otra aclaración de lo que debe reputarse frutos pertenecientes al marido o aumento de la dote inestimada. Dos son los casos a que especialmente se refiere: el primero, la corta de árboles, en la que, naturalmente, hay que distinguir los que se consideran permanentes y dedicados únicamente a producir frutos, utilizándose de ellos a manera de accesión discreta, con referencia a los mismos, y los que sólo pueden utilizarse cortándolos, según buena costumbre y buena administración. Si se cortan los comprendidos en el primer concepto, necesariamente se perjudica la finca, y, en este caso, el marido debe responder de ellos, porque de otro modo no estaría garantida la integridad del fundo do-

tal inestimado. Cortándose los que se comprenden en el segundo concepto, deben reputarse, y efectivamente se reputan, frutos de la dote, y, como tales, pertenecientes al marido. El segundo caso especial es el de encontrarse en el fundo dotal, después de estar la dote estimada verdaderamente constituída, pedrera o cantera, y para este caso decide la ley que si el mineral no se aumenta, lo que de la mina se saque corresponde a la mujer, es decir, constituye aumento de la dote, pero que si el mineral se aumenta por propia naturaleza, lo que produzca durante el matrimonio debe corresponder al marido. Todo esto se reduce a la misma idea ya expresada: a procurar por todos los medios la conservación de la integridad del fundo dotal, y a conceder a la mujer todo aquello que venga a ser producto de causas puramente naturales, o puramente accidentales, independientes de la administración y de la accesión discreta producida durante el matrimonio, siendo también muy de considerar que en la ley se sienta el supuesto de que la pedrera o cantera aparezca después de constituída la dote, de lo que lógicamente se deduce que, si ya es conocida cuando la dote se constituye, el mineral que se saque debe considerarse como fruto del fundo dotal, y corresponder al marido para el sostenimiento de la sociedad conyuyal.

Dice la ley 22: «Venciendo algun ome en juyzicio al marido, por la dote quel dio su muger, ó por la quel oviesse dado alguno en nome della, si non fuesse apreciada la dote quando la establecieron, el peligro seria de la muger, si se perdiesse la dote, ó se menoscabasse. Pero en esto ha departimiento: ca ó se obliga, el que da la cosa en dote, de la fazer sana, á aquel que la recibe del, sil vencieren della por juyzicio, ó non. E si se obliga, tenudo es de complir aquello á que se obligo, quier sea la muger, ó otro por ella. E si non se obliga á fazer esto, aviendo buena fe quando la establescio, cuydando que era suya, e que non avia y embargo ninguno; e lo fizo engañosamente, cuydando que era agena. E si avia buena fe quando la dio, non es tenudo de la fazer sana, magüer sea vencido della. E si lo fizo en-

gañosamente, tenudo es de la fazer sana. Otrosi dezimos: que si el marido fuesse vencido por juyzicio, despues que el casamiento fuesse fecho, de la dote quel oviesse dado su muger, si tal dote como esta fuesse apreciada quando gela diessen, tenuda es la muger de darle otra tal cosa, e tan buena como aquella que avia dado por dote. Esso mismo seria si gela oviesse dado otro qualquier en nome della, ca es tenudo de gela fazer cobrar. Pero esto que diesse al marido en esta manera deve ser contado en lugar de la dote primera, e bien assi deve usar della.» Para la completa inteligencia de esta ley sería preciso exponer todo lo concerniente a la evicción y saneamiento, que, desde luego, se ve no es propio de este lugar, y que debe reservarse para otro. Nos limitaremos, por lo tanto, a las que creemos más necesarias y oportunas consideraciones. Puede acontecer que, después de constituída la dote, se presente un tercero reclamando los bienes, y consiga la declaración de que le pertenecen. Para decidir lo procedente, empieza la ley distinguiendo si la dote ha sido inestimada o estimada, y con referencia al primer caso declara que siempre la pérdida de los bienes afectará a la mujer, pero que si, al constituirse la dote, el que la entregó, o se obligó a entregarla, se obligó también a responder de la evicción y saneamiento, bien sea la mujer, bien otro cualquiera, tendrá que cumplir la obligación, mas si así expresamente no se pactó, y el que la ofreció o entregó obró de buena fe, creyendo que las cosas eran suyas, sin engaño ni malicia, a nada quedará obligado; lo que debe entenderse sin perjuicio de si la dote fué constituída en concepto de obligatoria. En el caso de ser la dote estimada, si por reclamación de un tercero es el marido condenado a la devolución, el que la constituyó, sin distinción ninguna debe responder y reintegrar, porque el valor, la cantidad, no perece ni puede constituir derecho *in re*, y siempre el obligado, el deudor, tiene que pagar. Véase, pues, cómo en todas partes, y bajo todos conceptos, es siempre necesario acudir, para comprender la razón fundamental de todas las disposiciones legales, al supuesto de que el derecho en la cosa cesa cuando a la cosa fija y

determinada no puede referirse, y que el derecho a la cosa existe siempre que puede reclamarse un valor. Concluye la ley diciendo que lo que el marido adquiere en reintegro, o, lo que es lo mismo, por esta especie de saneamiento, se sustituye, bajo todos conceptos y para todos los efectos, en lugar de lo que por las indicadas razones ha perdido, sobre lo que creemos excusado todo razonamiento.

Como, a pesar de lo determinado por esta ley, en las consideraciones que de ella se deducen no puede menos de llegarse al supuesto de que la mujer resulte sin dote, después de haberse admitido el de que la tenía, ha dado margen a que los autores propongan ciertas cuestiones en cuyas resoluciones disienten. Todo ello puede reducirse a un solo punto, cual es el que los unos sostienen que el marido, en el caso propuesto, no está obligado a mantener a la mujer, y otros, por el contrario, que sí. Mézclase necesariamente, como considerando, en la disputa, el de que la dote se establece para levantar las cargas de la sociedad conyugal, y que esta obligación, cuando el marido la adquiere estipulando dote, debe considerarse rescindida si la estipulación resulta ineficaz. Atendiendo a las literales palabras del texto legal, deducen además que la mujer, si tiene bienes parafernales, debe con ellos compensar los dotales que ha perdido el marido, y, admitido esto como cierto, vendrá a resultar que, siempre que el marido, por reclamación de un tercero, pierda la dote y no pueda reintegrarse, sea preciso reconocer que el perjuicio resulte por causa de la cual nadie tiene que responder, y, en este caso, imposible es que el marido quede libre de la obligación de atender al mantenimiento de su mujer, porque si tal cosa se admitiera, no habría razón ninguna para no extenderla a los casos en que, por efectos naturales, como, por ejemplo, una inundación, que resultara permanente se hiciera improductivo el único fundo constituído en dote. La declaración de que los bienes pertenecen a un tercero tiene que verificarla antes o después del matrimonio: si antes, el marido, cuando se casa, sabe el estado en que, respecto a su fortuna, se encuentra la mujer; si después, y el perjuicio es

irreparable, porque no habiendo a quien imputarlo, de nadie puede reclamarse, el marido, lo mismo que la mujer, cada uno en su respectivo lugar, deben sufrirlo, sin quedar por esto libres de las respectivas obligaciones que nacen de consideraciones más altas, que se fundan en razones de mucho más elevada esfera, puesto que llegan a constituir dos cuerpos en una misma carne; por manera que, sin exageración, al admitir la solución de que el marido, por perder la dote, quedara libre de la obligación de mantener a la mujer, se incurriría en el absurdo de que no debiera alimentarse a sí mismo. Los frutos de la dote se hacen del marido por la obligación de mantener a su mujer y levantar las demás cargas del matrimonio, pero no por esto puede admitirse la proposición de que, si los frutos no existen, cesen las obligaciones.

§ III

De la devolución de la dote.

Supuestos en los que se realiza la devolución. — Caso de matrimonio formalmente contraído y virtualmente nulo, por existir un impedimento dirimente. — Qué habrá de devolver el marido en este supuesto. — Efectos de la devolución del matrimonio, según sea la dote profecticia o adventicia. — Tiempo en el cual deberá ser entregada la dote, según sea estimada o inestimada. — Excepción a la regla general: en el caso de existir hijos de edad no cumplida, a quién corresponden los productos de la dote durante el año para su devolución. — Hasta dónde se extiende la obligación de devolver la dote, y si se comprenden o no las expensas.—Caso de que, por el pacto dotal, el marido adquiera la facultad de devolver las cosas o su estimación, y caso de reservarse la mujer tal opción.—Causas por las que el marido gana la dote: pacto, adulterio de la mujer, costumbre.—Inaplicación de estas causas cuando quedan hijos de consuno.—Doctrina relativa a los trajes.—Si los cónyuges cambian de domicilio, ¿debe prevalecer la costumbre del lugar donde se casaron?—Devolución de la dote, constante el matrimonio.—Cuándo se considera al marido baratador y destruidor de lo suyo. — Doctrina de Ulpiano.—Extensión y limitación del derecho de la mujer: entrega de la dote; fianza de no enajenarla; depósito en poder de tercero.—En todos estos casos, los frutos de la dote ¿deben aplicarse al sostenimiento de las cargas del matrimonio?—Esto ¿ha de entenderse en lo que sea necesario para vivir? — Refutación de los razonamientos que pueden presentarse en contrario.

Constituyéndose la dote para con sus productos atender a las cargas de la sociedad conyugal, necesariamente

al concluirse su objeto, tienen que terminar sus efectos: la conclusión, por lo tanto, de la sociedad conyugal, consiguientemente produce la negación del supuesto, o, lo que es lo mismo, la afirmación de que ya no existe dote, porque no puede existir. Existen, sin embargo, los bienes dotales: ya no pueden estar entre los del marido, porque habiendo dejado de existir el matrimonio, no puede reconocerse la existencia del hombre en tal estado: es indispensablemente necesario que los bienes que ya no pueden considerarse dotales sean entregados a su verdadero propietario. Mas no sólo se realizan los supuestos de los que se deduce esta consecuencia cuando por la muerte de la mujer se disuelve el matrimonio, sino también cuando la disolución del matrimonio, o de la sociedad conyugal, se verifica por cualquiera otra causa, incluso la de la muerte del mismo marido; y aunque la regla general, sin excepción, consiste en que, a la disolución del matrimonio, los bienes que han sido dotales deben ser entregados a sus verdaderos propietarios, como dentro de este supuesto general hay que distinguir, para su verdadera aplicación, los especiales que en el mismo se comprenden, procederemos a su examen, considerando los preceptos legales que los determinan.

La ley 26 del mismo título 11, Partida 4.ª, dice así: «Aviendo tal embargo, entre algunos que estuviessen casados, que non fuesse adulterio, porque oviessen a partir el matrimonio en vida, deve ser entregada la dote á la muger, segund de suso diximos. E esto se entiende, si non fuere apreciada al tiempo que fue dada. Ca estonce, seyendo apreciada, deve aver la estimacion della e non más. E por que podria acaescer sobre los frutos de la dote que es dada al marido sin apreciamiento, cuyos deven ser los de aquel año en que se departe el matrimonio, queremoslo aqui mostrar. E dezimos que los deven departir desta manera: que deve el marido tomar tanta parte de los frutos de la dote del postrimero año quantos meses e quantas semanas duró el matrimonio en aquel año; e todos los otros deven fincar en fallo a la muger e a sus herederos si se ella finas-

se, sacadas las despensas de aquel año que fizo el marido en labrar la cosa que le era dada en dote. E este año se deve comenzar a contar desde el dia en que se cumplió el matrimonio por palabra de presente, e fue entregada la dote al marido, quando acaesciesse que en aquel mismo año que fuera fecho el casamiento se departiesse. E la parte sobredicha que diximos que deve aver el marido fasta el dia que fue departido el matrimonio, entiendese tambien de los frutos que fuessen ya cogidos al dia del divorcio, como los que fincassen por coger adelante en esse mismo año. Esso mismo seria si fuesse la dote de tal natura que llevasse dos vegadas en el año fruto, o si fuese atal que en tres años non diesse mas de un fruto.» El supuesto a que esencialmente se refiere esta ley es el de que, existiendo un matrimonio formalmente contraído, sea virtualmente nulo, por existir un impedimento dirimente, y su declaración principal se reduce a que, tan pronto como por la indicada razón se disuelve la sociedad conyugal se origina la obligación de entregar la dote. Distingue, entre los embargos o causas de disolución del matrimonio, para presentarla como excepción, la resultante del adulterio, y con harta razón, pues ya hemos visto cómo se determina que por el adulterio no se disuelve el matrimonio, y más adelante veremos cómo el adulterio exime de la obligación de disolver la dote. Pero, ya que el curso de las ideas nos induce a ello, no podemos dejar de consignar una distinción que juzgamos ser muy aclaratoria. Al considerar canónicamente el matrimonio, no puede distinguirse con fundamento la diferencia entre matrimonio y sociedad conyugal: por eso no lo hemos distinguido, y hasta ahora hemos venido usando casi indistintamente de los dos modos de expresión, pero en el punto en que nos encontramos, teniéndonos ya que ocupar precisamente de los efectos civiles de la disolución, es indispensable marcar la verdadera diferencia. Puede existir matrimonio sin que exista sociedad conyugal, puede existir sociedad conyugal sin que exista matrimonio. Cuando los cónyuges, por ejemplo, se separan legalmente por causa de adulterio, existe matrimonio, y deja de exis-

tir la sociedad conyugal; cuando se verifica lo que se expresa con la fórmula de matrimonio putativo, que es precisamente el caso a que se refiere la ley, y mientras el impedimento, por desconocido, no surte su efecto, existe sociedad conyugal sin que exista verdadero matrimonio. Con esta sencilla explicación fácilmente se comprenden las prescripciones de la ley que estamos examinando y su razón.

Conocido que sea un impedimento dirimente, y teniéndose que determinar, en su consecuencia, la disolución del matrimonio y de la sociedad conyugal, se reconoce nulo el primero, porque no ha podido existir, rescindida la segunda, y, por consiguiente, válidos sus efectos mientras ha existido. Debe, pues, el marido devolver los bienes dotales inestimados y el valor de la dote estimada, empero no los frutos percibidos mientras la existencia de la sociedad conyugal, y, tomando en cuenta los que se perciben en concepto de cosechas anuales con referencia al año en que se verifica la disolución de la sociedad, reservar una parte y entregar la otra, determinándolas por medio de un exacto prorrateo, deduciendo las expensas o gastos reproductivos y tomando el tiempo para el cálculo desde el día del matrimonio y entrega de la dote, si la disolución de la sociedad se verifica dentro del primer año. Todo esto se encuentra perfectamente determinado en la ley, pero es preciso advertir que como para los prorrateos es indispensable atender a las épocas en que comúnmente se perciben los frutos, y que como esto, naturalmente, depende de las respectivas condiciones climatológicas de cada país, para determinar los conceptos en toda su exactitud, no cabe otro medio que el de admitir lo que por costumbre se observe en cada localidad.

La muerte, sin distinción, disuelve el matrimonio y la sociedad conyugal, y la ley 30 dice: «Muerta seyendo la muger en tal tiempo que durasse el matrimonio entre ella e su marido, si fijos non dexare que hereden lo suyo, debe ser entregada la dote a su padre della. E esto se entiende quando la dote fuesse profeticia, que quier tanto

dezir como quando es dada de los bienes del padre; fueras ende, si el marido la oviesse aver por alguna de las tres razones que dize en la ley que comienza: Gana el marido. Mas si el matrimonio se partiesse, biviendo la hija, por algund embargo derecho, si fuese la dote profeticia, debe ser entregada al padre, si fuer bivo, e á la hija, á amos, de so vno. E si el padre fuere muerto, debe ser entregada á la fija, quier aya fijos, ó non. E si la dote fuere adventicia, e fuesse fecho divorcio biviendo la fija, otrosi deve ser entregada á ella, e non al padre, magüer fuesse bivo. E si la dote oviere dada otro qualquier que non fuesse padre de la muger, ó la diesse simplemente sin otra postura, si ella muriere sin fijos, deve ser entregada la dote á los herederos de la muger. E sin algun pleyto pusiesse el que la establescio quando la dava, deve ser guardado segund que le puso aquel que la dio.»

La primera de las determinaciones de esta ley, desde luego aparece en entera conformidad con todos los supuestos que venimos reconociendo y explicando. Disuelto el matrimonio por la muerte de la mujer, si no deja hijos, la dote revierte al padre, si el padre la dió: en primer lugar, porque procediendo el sistema dotal del romano, y admitiéndose, por esta razón, que la dote viene a compensar la falta de derechos hereditarios, muerta la hija antes del padre, el supuesto se contradice, porque tan sólo puede admitirse herencia en favor del que vive respecto del que ha muerto, y, por consiguiente, no puede reconocerse cuando la hija murió antes del padre que lo heredó; en segundo lugar aparece que, muerta la hija sin hijos, si el padre de ella vive, es su heredero forzoso, y que, por lo tanto, debe, como propietario, adquirir los bienes que por la disolución del matrimonio han perdido la condición de dotales: por manera que, aun relajado el primer supuesto, por el segundo, y la combinación de los dos, viene a justificarse por completo la determinación de la ley. Ordena ésta en seguida que si la sociedad conyugal se disuelve, viviendo la hija, por algún embargo derecho, es decir, por existir algún impedimento que dirima el matrimonio, si la dote fué pro-

fecticia, debe ser entregada al padre, y a la hija, mancomunadamente, de so uno, y si ya hubiera fallecido el padre, a la hija, bien tenga hijos o no. Fundada en los mismos principios aparece desde luego esta disposición; sin embargo, es preciso considerarla con detención para poder llegar a su completo conocimiento. En el caso de morir la mujer con hijos, éstos son los que verdaderamente deben percibir la dote, como asistidos de un derecho hereditario que excluye a su abuelo, por ser preferidos los descendientes a los ascendientes, pero dirimido el matrimonio por la obligación y reconocimiento de un impedimento dirimente, y como, viviendo la mujer, no pueden producirse derechos hereditarios, ella es la que aparece propietaria. Sin embargo, no puede menos de tomarse en consideración que si el padre constituyó dote, desprendiéndose, en este concepto, de sus bienes, la causa impulsiva, la razón determinativa del hecho, fué el matrimonio; por manera que, resultando éste nulo, la destrucción de la causa no puede menos de afectar a la generalización de los efectos. Acudiendo a lo absoluto, forzosa sería la consecuencia de tener que revertir al padre en absoluto los bienes, pero siendo lo cierto que no se puede prescindir de reconocer, en el caso en que nos estamos ocupando, que los hechos algún efecto han producido, que la mujer alguna variación ha sufrido en su estado, forzoso es modificar el concepto, y, por lo tanto, racional y filosóficamente, la ley viene a determinar, que los bienes que han sido dotales, mancomunadamente, pertenezcan al padre y a la hija: con lo que se viene a determinar por completo lo que, con referencia a la ley anteriormente examinada, dejamos expuesto. Claro es que si, al tiempo de dirimirse el matrimonio, ha muerto ya el padre, por la misma razón de no poderse admitir la mancomunidad, los bienes deben atribuirse a la hija.

Determinados los efectos de la disolución del matrimonio, respecto de la devolución de la dote profecticia, pasa la ley a declarar lo referente a la adventicia, y establece que, dirimido el matrimonio, viviendo, por lo tanto, la mujer, aunque el padre viva, a ella deben ser entregados los

bienes que por cualquiera otro se hayan dado en dote, y si la causa de la disolución es la muerte de la mujer, a los herederos de la misma, salvo el caso de que el que la haya dado hubiera impuesto, al constituir la dote, alguna condición por la cual se contradijera este supuesto general, pues si así resultare, la condición debe ser cumplida. Ya hemos visto que sólo el padre es el que está jurídicamente obligado a dotar a sus hijas, pues la obligación de la madre sólo existe en muy especiales circunstancias. De esto resulta que siempre la constitución de la dote, cuando el dotante no es el padre, o la madre, en esas precisas circunstancias, es completamente libre, espontánea y, por lo mismo, tan sólo sujeta a las condiciones que el donante impone: la transferencia, por lo tanto, cuando aparece pura e incondicional, no puede menos de reputarse absoluta, por lo mismo que se funda en la absoluta voluntad; si, pues, la transferencia es absoluta, absoluto debe ser el derecho adquirido, y, sin deberse reconocer otro en la mujer o en los representantes de su derecho, debe reconocerse éste por completo. Y he aquí cómo también, de este modo, viene a confirmarse la doctrina anterior. Por lo mismo de estar el padre obligado a dotar a su hija, y refiriéndose esta obligación forzosamente a la idea del matrimonio, cuando el que se ha supuesto celebrado resulta nulo, la ley no puede menos de reconocer la falta de la razón que ella misma establece como necesaria para imponer la obligación. La dote profecticia es necesaria; la adventicia voluntaria. Al que por necesidad procede, nunca pueden imputarse los hechos como absolutamente espontáneos, y siempre es consiguiente el reconocerle la excepción de que, exento de la necesidad, tal vez no hubiera procedido del mismo modo; por lo que inicuo sería parificarlo con aquellos que, por lo mismo que obran en el concepto de completa libertad, sus actos únicamente pueden atribuirse a su espontánea voluntad. De aquí, como natural consecuencia, que al padre se le concedan mayores derechos que a los demás, cuando venga a resultar la falta de alguno de los supuestos que deben concurrir, y que jurídicamente se conside-

ren concurrentes para imponerle la obligación. En su oportuno lugar, tratando de que la dote profecticia debe llevarse a colación de la herencia paterna, y la dada por la madre a la materna, vendremos a completar todo lo referente a lo establecido sobre estos particulares.

Dice así la ley 31 del mismo título: «Desatado seyendo el matrimonio por alguna razon derecha, luego que el divorcio sea fecho, debe ser entregada la dote á la muger, ó á sus herederos, si fuese de cosa que sea rayz. Mas si fuese la dote de cosa mueble, deve ser entregada fasta un año, desde que el divorcio fue fecho. Esso mismo seria si el matrimonio se partiesse por muerte. Ca deve ser entregada la dote, ó la dotacion, á aquel que la deve aver: si fuere cosa que sea rayz, luego quel matrimonio se departe, e si fuere de cosa mueble, fasta un año; fueras ende, si la oviesse de entregar a los fijos que non fuessen de edad, que la puede tener el padre, ó la madre, fasta que sean de edad. E esto se entiende que deve ser fecho de guisa que govierne los fijos e los crie, e que los non enajene, nin malmeta la dote.»

Clara y sencilla aparece la regla general que en esta ley se preceptúa, por lo que poco o nada hay que exponer acerca de ella. A la disolución del matrimonio, bien sea por muerte de cualquiera de los cónyuges, bien por resultar que existe un impedimento dirimente, la dote debe ser entregada: en el primer caso, si ha consistido en bienes inestimados, inmediatamente, y si fué estimada la cantidad que al efecto se fijó, dentro de un año, contado desde la misma disolución del matrimonio. La razón de la diferencia, desde luego, aparece sin más que considerar lo que a primera consideración resalta: los bienes inestimados, como que materialmente subsisten, como que ninguna operación hay que realizar para procurar la posibilidad de la entrega, en nada puede motivarse la tardanza; por el contrario, muchas causas pueden producir la imposibilidad de devolver un capital en un momento dado, y que tal vez se realice cuando no se esperaba, haciéndose necesario el invertir algún tiempo para, sin gravamen, adquirir la po-

sición suficiente para el cumplimiento de la obligación: la ley fija este tiempo en un año. Mas si se quiere encontrar el razonamiento del precepto y de la distinción en otras consideraciones de carácter más científico que éstas, que pueden llamarse de sentido común, nos encontraremos con el axioma de que la verdadera propietaria de los bienes dotales es la mujer: aunque la dote esté en los bienes del marido, sin embargo, es de la mujer, pero con la distinción de que en la dote inestimada tiene el verdadero dominio, y en la estimada tan sólo el derecho de acreedora; que, por lo tanto, en la primera puede, desde luego, víndicar, y en la segunda tan sólo condecir, y, en último resultado, que al deudor que no lo es a plazo fijo siempre se le debe conceder el necesario para poder pagar sin gravamen. Como todos estos derechos, tales cuales son, se transfieren por el hereditario, en completa parificación se conceden a los herederos.

Conocida la regla general, podemos pasar, desembarazadamente, a examinar las excepciones que en la misma ley se consignan. Es preciso empezar, al efecto, por advertir que en ella se habla, no sólo de los bienes dotales, sino también de los propios del marido, y, partiendo del supuesto de que la disolución sea producida por la muerte de uno de los dos, declara que el padre o la madre sobreviviente puede retener lo que debe devolverse a los hijos como herederos del premuerto hasta que sean de edad cumplida, siendo también muy de advertir que en la ley no se fija esa edad. Respecto del padre, no aparece ninguna dificultad: las leyes lo reconocen como natural y único administrador de los bienes de sus hijos mientras están constituídos en la patria potestad, y todavía más, puesto que le conceden el usufructo del peculio adventicio, sin consideración a la edad, y sí sólo bajo el mismo supuesto de la patria potestad. Respecto de la madre, ya el concepto necesita más profunda consideración: sólo podrá retener los bienes cuando se constituya en tutora o curadora, y mientras no pierda este carácter, y siempre con las obligaciones que el cargo lleva consigo. Por eso la ley, aun comprendiendo la idea

en una fórmula general, al conceder al padre o a la madre el derecho de retener los bienes que a sus hijos corresponden, les impone la obligación de criarlos y alimentarlos, les prohibe la enajenación y el poder perjudicar o disminuir los mismos bienes. Y por las mismas razones no ha fijado la edad, puesto que su determinación está sujeta a tantas y tan varias razones, como que depende de todas las que pueden producir: respecto del padre, la conclusión de la patria potestad, y respecto de la madre, la conclusión de la tutela y curatela.

Han disputado algunos sobre si los productos de la dote estimada, sobre si los intereses de este capital, relativos al año que la ley concede para su devolución, deben pertenecer al acreedor o al deudor. Si éste es el padre, y los hijos están constituídos bajo su potestad, ni cabe la disputa; si falta el supuesto, o lo es la madre, cabe, indudablemente, el proponer la cuestión; y, a pesar de que parece la opinión decidida en favor de los acreedores, en nuestro concepto lo justo y equitativo es decidirla en sentido contrario. Sólo pueden exigirse intereses por pacto o por morosidad: pacto no existe cuando no aparece expreso; en morosidad no incurre el que paga dentro del término legal; por consiguiente, injusto e inicuo sería exigir al deudor un gravamen que no puede motivarse en ninguna de las causas que se reconocen como justificativas. Además, el padre o la madre, el deudor de que se trata por la misma ley que estamos examinando, y por todas las que concurren en la materia, tiene a favor de los hijos la obligación de alimentarlos, y no es cosa de gravarlos con otras obligaciones.

La obligación de devolver la dote se extiende a la totalidad de la misma, pero no más allá; esto es lo que viene a declararse y explicarse en la ley 32 del mismo título, que dice así: «Mejorando el marido la cosa que le dio su muger en dote, non seyendo apreciada, assi como si la refiziesse, o la acresciesse, porque fuesse mejor, e rendiesse mas, si las dispensas que en ella metiere fueren atales que se mejora la dote por ellas, puedeles contar e averlas aquellas que fiziere, además de quanto montare el esquilmo que

llevo de los frutos e de las rentas de la dote. Mas si fiziere el marido despensas en la dote de su voluntad, que se tornase mas en apostura que en pro della, assi como si fuessen casas, e las pintase, ó en otra manera semejante destas, non las deve contar, nin las puede demandar, quando entregare la dote. Pero si acaesciesse que el marido non podiesse luego entregar toda la dote, á los plazos que dize en la ley ante desta deve el juez de aquel lugar catar que le faga que pague aquello que pudiere: de manera quel finque alguna cosa de que biva todavia, tomando tal recaudo del que la pague quanto mas ayna pudiere. Esso mismo se entiende que deve ser guardado en los fijos, si acaesciere que ayan de entregar la dote a su madre, por razon de su padre.»

Hemos ya visto que la percepción de frutos de los bienes dotales se concede al marido con tan rigurosa equidad y con tan exacta consecuencia del supuesto causal, que es la obligación de sostener las cargas del matrimonio, que la ley llega a establecer el prorrateo, con referencia al período de las cosechas, determinado por el momento de la disolución de la sociedad. En este prorrateo, implícitamente se comprende debe tomarse, y se toma en cuenta, lo invertido en gastos reproductivos. No se refiere la ley que estamos examinando a estos conceptos, pero sí a otros que con ellos se rozan tan inmediatamente, que hacen necesaria una detenida meditación para evitar el que lleguen a confundirse. Los bienes constituídos en dote pueden hallarse en tal estado que sea necesario, no ya emplear en ellos los comunes gastos reproductivos, sino otros extraordinarios, para evitar que perezcan o procurar que se hagan más productivos. Todavía, por medio de la modificación del concepto, se llega a la consideración de otros gastos realizados, no ya con el fin de que se aumenten los productos de las cosas, pero sí con el de hacerlas más agradables en sus condiciones, que pueden llamarse puramente accidentales, como son las de visualidad o cualquiera otra de amenidad. Todos estos conceptos, todas estas modificaciones de las ideas, se formulan jurídicamente, por medio de la división

de las expensas, en necesarias, útiles y voluntarias. Mas como de estas expensas, de los gastos que se inviertan en las cosas, pueden resultar ventajas más o menos estables y más o menos apreciables, llegando, por esta razón, a ser mejores, también las mejoras suelen dividirse, del mismo modo, en necesarias, útiles y voluntarias. Es, sin embargo, preciso no confundir lo uno con lo otro, porque sería confundir la causa con el efecto. Pueden ser necesarias expensas que no produzcan mejoras, pueden hacerse gastos innecesarios, de los cuales necesariamente resulten mejoras: de modo que no porque las expensas deban calificarse en un sentido puede deducirse que la mejora resultante se comprenda en la misma calificación.

La ley que estamos examinando determina sus conceptos de un modo exactamente equitativo y filosófico, prescindiendo de la causa y considerando sólo el resultado, prescindiendo de las expensas y considerando sólo las mejoras que produzcan. Habla de la cosa dotal, y dice: «Si las despensas que en ella metiere fueren atales que se mejora la dote por ellas, puedelas contar e aver aquellas que fiziere.» Se ve, por consiguiente, que, al referirse a despensas, lo hace sin distinción ninguna, y sólo considera si con las que se han metido se ha producido mejora. A seguida habla ya «de expensas hechas por mera voluntad, y si con ellas la cosa no se ha mejorado, o la mejora se torna mas en apostura que en pro della, asin como si fuessen casas e las pintase, non puede reclamar nin sacar lo invertido». Hasta aquí la determinación legal no ofrece ninguna dificultad, pero no es ya tan fácil determinar lo justo en el caso de que las expensas se hayan invertido, mezclándose en el hecho los conceptos de necesidad y utilidad. Acudamos a facilitar la explicación por medio de un ejemplo. Supongamos que, al constituirse la dote, se entrega, como perteneciente a ella, una casa en tal estado, que ya, por su antigüedad, necesite continuos reparos, pero que con ellos pueda seguir siendo productiva y manteniéndose en el mismo estado. Si el marido la administra en tal concepto, llegado el momento de la devolución, con devol-

verla, cumple, sin poder exigir lo que en los reparos ha gastado, porque siendo lo cierto que la finca permanece en el mismo estado, no puede suponerse mejorada, y los gastos habrán de reputarse naturales disminuciones de los productos que, sin ellos, hubiera rendido la finca. Mas supongamos que el marido calcula más beneficioso que el método indicado el proceder al derribo de la casa, para construirla de nuevo, o si no tanto, realizar en ella obras de consideración, que sirvan, ya para prolongar la existencia de la finca, ya para aumentar sus productos, evitando el gasto continuo y sustituyendo a él otro hecho de una vez: de cualquiera manera que sea, siempre que resulte que, al devolver la casa, no por causas naturales, sino por artificiales, o que hayan necesitado expensas, vale más que cuando la recibió, puede reclamar el valor de la mejora. Supongamos, por último, que la finca se recibió en estado de un determinado tanto de productos, pero que, a pesar de hacer en ella los reparos que exige una buena administración y de invertir al efecto las expensas consiguientes, por causas naturales, intrínsecas en la cosa, sin culpa del administrador, llega a hacerse improductiva o a disminuir de productos, y el marido invierte fondos para reponerla en el estado en que la recibió: indudablemente, podrá reclamarlos, aunque al tiempo de la devolución no resulte que la casa valga más que cuando la recibió, porque siendo lo cierto que las cosas, para su dueño, perecen, se aumentan y disminuyen, siendo lo cierto que la casa es de la mujer, lo que no puede achacarse, a culpa del marido, a la mujer afecta, como ya anteriormente tenemos consignado; y si el marido produce un beneficio, cual es el de aumentar la apreciación de la finca en el tanto que ya se había disminuído por causas que no le incumben, justo a todas luces es que se le indemnice. Al ocuparnos de los gananciales, y también cuando expliquemos la posesión, explanaremos estas ideas, pudiendo valernos de algunos otros razonamientos para su confirmación.

Concluye la ley con una aclaración de la anterior y también de los conceptos que en ella misma se comprenden.

Es claro, a todas luces, que todo cuanto hemos dicho de las mejoras se refiere a la dote inestimada, porque en la estimada, como ya también en su lugar dijimos, no cabe ni que la cosa perezca, ni que por sí misma se aumente ni disminuya, y, por consiguiente, no cabe que el marido tenga que reclamar mejoras, pero sí que no pueda pagarla cuando llegue el momento de la devolución, y para este caso es muy de notar que la ley determina a favor del deudor el beneficio llamado de competencia, que consiste en no debérsele exigir el pago en términos que quede en la indigencia y sin tener de qué vivir. Equitativo es este beneficio cuando el negocio afecta a personas tan íntimamente unidas como son, o los que han vivido en sociedad conyugal, o mutuamente los hijos y los padres y nótese que el beneficio no se extiende a más de las personas comprendidas en los dos conceptos.

Determinado ya el supuesto de que la dote debe ser devuelta según fué recibida, y también la diferencia que respecto del tiempo se concede, con distinción de si es estimada o inestimada, resta todavía consignar otra de las facultades concedidas al marido. Dice la ley 18: «E si quando la muger establesce la dote a su marido, lo fiziesse desta guisa, diziendo assi: que dava unas casas en dote, e que las apreciava en dozientos maravedis, en tal manera que si el casamiento se partiesse, que fuesse su escogencia del marido de tornar las casas o dozientos maravedis: desta guisa seyendo establescida la dote, el pro e el daño que ende viniesse seria de la muger, e non del marido, si el marido escogesse de darle las casas, quier fuessen emperjoradas, o mejoradas; fueras ende, si la muger podiesse provar que por culpa del marido avino daño en aquello que le dio por dote, o si por aventura del marido rescibiesse sobre si todo el daño que aviniesse en la dote quando gela dio la muger.» El derecho que por esta ley se determina a favor del marido no consiste precisamente en la elección de devolver, o las cosas apreciadas, o su valor, pues esto emana del pacto: consiste, sí, en declarar que, una vez reconocida en el marido la facultad de elegir, si opta por el extremo de de-

volver las mismas cosas, ni él puede reclamar mejoras, ni los que las han de recibir desperfectos, como no sean ocasionados por culpa del mismo marido, o a su indemnización se haya obligado por pacto expreso.

La ley siguiente, 19 del mismo título, explanando más los conceptos, dice: «Señalando la muger al marido su dote, en casa, en viña, o en otra heredad, apreciandola, si tuviere para si la escogencia de tomar lo que le da por dote, o aquello por que lo aprecia, si se partiesse el casamiento, e non otorgasse la escogencia al marido, segund dize en la ley ante desta, el daño, o el pro, que y viniesse, si fuere crescida o menguada, seria della, e non del marido. E podria ser, que quando establesciesse la muger la dote, que tal escogencia, como sobredicho es, que non diria que la ternia para si, nin que la daba al marido, mas que dava tal cosa en dote: e apreciada por tantos maravedis: e que este apreciamiento fazia, por que si la cosa que dava en dote se empejorasse, que sopiessen quanta era la pejoria, a razon de aquel apreciamiento. E en esta manera aun seria el pro, o el daño, que y acaesciesse, de la muger, e non del marido.» Así como en la ley anterior se determina el supuesto de que por el pacto dotal adquiera el marido la facultad de devolver las cosas o su estimación, en ésta, considerando el supuesto contrario, se determina que si la mujer opta por la readquisición de las mismas cosas, el deteriorio debe de ser de su cuenta, sin distinguir ya la causa que lo produce, pues aunque pueda atribuirse a culpa del marido, en la misma facultad de elección que asiste a la mujer se comprende implícitamente la indemnización y compensación, porque estando a su arbitrio el percibir la estimación preconvenida, si viere que no le conviene la devolución de las mismas cosas, por estar deterioradas, siempre queda salvo y completo su derecho con la devolución del precio pactado: lo mismo, y por idéntica razón, debe suceder cuando no para consignar derecho de elección, si sólo se dijera que se apreciaban las cosas inestimadas, con el objeto de poder determinar si se empeoraban, pues aun en este caso, y como la ley lo determina, el menoscabo, los desperfectos que las

cosas sufrieren, de cuenta de la mujer deben ser, y no de la del marido.

Por estas disposiciones legales viene a confirmarse la doctrina de que siempre que, por cualquier razón, al devolverse la dote, se verifique la devolución en concepto de inestimada, las mejoras o deterioros que en las cosas resulten, y que no puedan atribuirse a hechos del marido, afectan a la mujer. La elección pactada favorece a aquel a quien por el pacto debe atribuirse, pero todavía falta determinar un concepto, sobre el cual no aparece tan claro como es de desear el precepto legal. Puede acontecer la duda acerca de la elección, resultando invencible, esto es, la imposibilidad de decidir, por lo pactado, si compete o no al marido la facultad de optar por la devolución de las cosas o de su estimación. Cuando tal conflicto se verifique, creemos indudable que debe resolverse en favor del marido. Éste, a la disolución del matrimonio o de la sociedad conyugal, es el que verdaderamente resulta obligado. Ya hemos dicho anteriormente que a la equidad repugna el favorecer al que tiene a su favor el derecho, con perjuicio del que tiene que cumplir la correlativa obligación; en el supuesto que estamos considerando forzoso es conceder la elección a uno de los dos, de necesidad imprescindible resulta el determinar conforme pretenda el acreedor o conforme sea la voluntad del deudor; la equidad, por consiguiente, exige que al deudor se conceda la facultad de elegir y determinar si quiere cumplir su obligación entregando los mismos bienes o el valor en que al recibirlos fueron apreciados. Con esto vienen a concordarse las doctrinas que en el capítulo anterior hemos expuesto, sobre a quién deben atribuirse los aumentos o deterioros que sobrevengan en los bienes dotales, con las que en éste dejamos consignadas acerca de la devolución de las dotes.

Tenemos con lo dicho ya explicada la regla general de que, a la disolución del matrimonio o de la sociedad conyugal, deben devolverse a cada uno de los cónyuges, o sus herederos, los bienes que a la misma aportó: cúmplenos ahora, por lo tanto, ocuparnos de las excepciones de las

causas que jurídicamente se consideran suficientes para que deje de realizarse lo comprendido en esa misma regla general. Dice la ley 23 del mismo título: «Gana el marido la dote quel da á su muger, e la muger la donacion quel faze su marido por el casamiento, por algunas destas tres maneras. La vna es por pleyto que ponen entre si. La otra por yerro que faze la muger faziendo adulterio. La tercera, por costumbre.» La ley explica latamente lo referente a la primera y tercera de estas causas, pero, por lo que hace a la segunda, nada más dice que lo que dejamos copiado: «por el yerro que faze la muger faziendo adulterio gana el marido la dote». Es indudable, en vista de esta determinación legal, que disuelta la sociedad conyugal, aunque no el matrimonio, por el adulterio de la mujer, el marido hace suyos los bienes dotales, quedando exento de la obligación de devolverlos; adquiere lo que a la mujer correspondía, pero la primera dificultad que se ofrece consiste en si debe o no reconocerse el derecho recíproco, esto es, si por el adulterio del marido, sus bienes pasan a ser de la mujer. Generalmente se admite la afirmativa; tal es la opinión del célebre glosador de las Partidas, acudiendo, para razonarla y fundarla, a la de otros no menos célebres jurisconsultos, pero todos se apoyan, ora en leyes romanas, ora en disposiciones del derecho canónico. Osadía se necesita para oponerse a tantas y tan graves autoridades, pero ni aun el temor de que de osados se nos tache, ni aun el reconocimiento de que la imputación sea justa, basta a retraernos de manifestar nuestra opinión contraria. A las leyes romanas, por más que deban ser acatadas, nunca puede concedérseles la fuerza de preceptivas, jamás pueden admitirse sino como doctrinas: siendo, pues, lo cierto que la verdadera ley preceptiva, con toda fijeza y distinción, determina uno solo de los dos supuestos, no creemos que baste para extender el precepto a los dos lo que otras que han sido leyes, y ya no lo son, establecían. Es, al efecto, muy de notar que en la que estamos examinando aparece muy determinadamente en todas sus prescripciones, en todo lo que se refiere a las dos otras causas por las cua-

les se exime al marido de la devolución de la dote, expresamente se consigna la reciprocidad del derecho, concediéndolo a la mujer con las mismas circunstancias y condiciones; por manera que únicamente en lo que se refiere al adulterio aparece determinada la diferencia del derecho del marido, puesto que absolutamente nada se dice del de la mujer. Por lo que hace a la doctrina canónica, es cierto que en ella recíprocamente están considerados en completa parificación el hombre y la mujer. Lo es igualmente que en la formación de las Partidas se tomó como una de las fuentes el derecho canónico, especialmente establecido en las Decretales, pero no de modo que viniera a admitirse y preceptuarse en todo y por todo lo que por las Decretales se establecía, y así es que en la misma materia de adulterios, en lo que hace relación a lo penal, como ya en otro lugar dejamos consignado, lejos de aceptarse el supuesto de la perfecta igualdad, se aceptaron diferencias muy considerables. La pérdida de los bienes, indudablemente es una pena, y si precisamente en lo penal es en donde se observa que la legislación de Partidas, en el sentido puramente civil, se separó notablemente del derecho canónico, ningún fundamento aparece, no ya para admitir, ni aun para suponer que lo establecido exclusivamente en el punto de que tratamos, respecto del adulterio de la mujer, pueda tener aplicación al adulterio del marido.

Entrando a explicar ya las otras dos causas, dice la ley respecto de la primera: «E la que es por pleyto que ponen entre si se faze desta guisa: como quando otorgan ambos en vno, el vno al otro, que muriendo el vno dellos sin fijos, el otro que fincare, que aya la dote, o la donacion toda, o alguna partida della, segund lo establescieren. E tal pleyto como este deve ser fecho entre ellos egualmente. E si por aventura fuesse pleyto, puesto de como el marido ganasse la dote de la muger, e sobre la donacion, o las arras, non fuesse dicha alguna cosa, entiendese quel pleyto que puso en la dote ha lugar en la donacion.» Esta misma explicación puede tenerse por suficiente para la completa inteligencia del precepto; de modo que poco más hay que aña-

dir. Es lícito pactar sobre la devolución de la dote, lo mismo que sobre la de los bienes del marido: en el pacto expreso acerca de lo uno se comprende tácito el de lo otro, aunque no se exprese; se reconoce, por consiguiente, la existencia de identidad de derechos, hasta tal punto que no es aventurado suponer la prohibición contraria, es decir, la de que se pacte que uno de los cónyuges ha de adquirir los bienes del otro, privándose del derecho de reciprocidad. En el ejemplo que presenta la ley se comprende el supuesto de que mueran sin hijos, y con fundada razón, pues siendo lo cierto que los hijos son herederos forzosos de los padres, por la voluntad, por el pacto de éstos no deben ellos ser perjudicados en sus derechos; de aquí nace la única cuestión o duda que acerca de lo determinado en este punto puede ocurrir, pero que también se resuelve con facilidad. Lo relativo a herencias forzosas no estaba tan determinado en la legislación de Partidas como ha venido a estarlo por la posterior: clara y explícitamente se establecía en aquella legislación la herencia forzosa de los descendientes, mas no ya tanto la de los ascendientes. Considerado el texto legal en que nos ocupamos, se observa la exacta consecuencia de este supuesto: no pueden los cónyuges pactar respecto de la recíproca adquisición de sus bienes, de modo que por el pacto se perjudiquen las legítimas de sus descendientes, pero hasta aquí, y sólo hasta aquí, llega el precepto, por lo mismo que el supuesto no tenía mayor extensión. Fijada ya con posterioridad la herencia forzosa de los ascendientes, extendido el supuesto, no puede menos de admitirse la extensión del precepto, y de reconocerse que por el pacto de los cónyuges no puede entenderse perjudicado el derecho a las legítimas, a las herencias forzosas, tanto de los descendientes como de los ascendientes, sin necesidad de comprender la de los colaterales, porque la condición con que se establece su derecho no puede suponerse existente con referencia a los cónyuges entre sí.

Sigue la ley explicando la tercera causa, por la cual puede el marido excusarse de devolver la dote; y dice así: «La

tercera razon, que es de costumbre, porque se gana la dote o la donacion, es como si fuesse costumbre usada de luengo tiempo en algun lugar, de la ganar la muger quando muere el marido, o el marido quando muere la muger, o si fuesse costumbre de la ganar alguno dellos, quando el otro entrare en Orden.» La costumbre, el derecho consuetudinario, por lo mismo que admite por único fundamento el hecho, siendo éste su principio y su precepto, no puede ser explicado ni razonado más que históricamente, es decir, acudiendo a considerar cuándo empezó, las causas que pudieron originarlo y cuáles las que lo han ido sosteniendo y robusteciendo; nunca podrá admitirse como general: siempre habrá de referirse a concreta localidad, por más extensa que sea, y determinarse por lo que en ella se observe: por costumbre será justo aquello que la costumbre haya llegado a establecer; el derecho consuetudinario existe por sí mismo; es cuanto puede decirse.

Pero la costumbre puede abolirse por ley, y en tal concepto debe entenderse lo que en la que examinamos se establece acerca de este punto y con relación perfecta a los otros dos. Declara a seguida de lo copiado: «E lo que dize en esta ley de ganar el marido o la muger la dote o la donacion que es fecha por el casamiento, por alguna de las tres razones sobredichas, entiendese si non oviessen fijos de consuno. Ca si los oviessen, estonce deven aver los fijos la propiedad de la donacion, o de la dote: e el padre, o la madre, el que fincare bivo, o el que non entrare en Orden, o que non fiziere adulterio, deve aver en su vida el fruto della.» En esa parte de la ley se ve explanado y confirmado el concepto que ya al hablar del pacto hemos expresado, y que se reduce a determinar que ni por el pacto de los cónyuges, ni por el adulterio de la mujer, ni por la costumbre misma, pueden los hijos ser perjudicados en sus herencias forzosas, y, por consiguiente, que el padre o la madre que, por cualquiera causa, adquiera el derecho de retener los bienes que al otro cónyuge correspondían, debe conservarlos para sus hijos y del que los pierde, empero disfrutando, mientras viva, el usufructo, lo que indudablemente debe

aplicarse, tomando muy en cuenta la diferencia que el derecho establece entre el padre y la madre respecto de los peculios de sus hijos, según ya hemos tenido ocasión de indicar y más adelante explanaremos.

Concluye la ley ordenando: «Que finando el marido o la muger sin testamentento, e non dejando fijos, nin otros parientes que hereden lo suyo, que el otro que finca bivo gana la dote, o la donacion que fue fecha por el casamiento, e todos los otros bienes que oviere el que muriere assi. E salvo en este caso, e en los otros tres que diximos, por otra razon cualquier que se departa el matrimonio derechamente, siempre deve tornar la donacion al marido, e la dote a la muger. Mas si la muger toviere paños escusados, que su marido le aya dado, si el muere luego, deve ella tornar tales paños con sus aparejos a los herederos del marido: e ella terna para si los paños que traye.» Todo esto viene a reducirse a establecer a favor de los cónyuges entre sí la recíproca herencia intestada cuando mueren «non dexando fijos nin otros parientes que hereden lo suyo». Para llegar a fijar lo ordenado por esta prescripción legal, sería preciso exponer todo lo relativo a la graduación de los herederos legítimos, y, desde luego, se comprende que debe reservarse para su oportuno lugar. Tan sólo, por lo tanto, nos ocuparemos al presente de la última particularidad que se encuentra en el texto legal. La mujer, aun reconocida la prohibición que entre los cónyuges existe para hacerse donaciones, puede recibir, y aun es de necesidad que reciba, todo lo relativo a sus trajes y proporcionado atavío, mas como en esto, naturalmente, se comprenden trajes y galas que en sí llevan el concepto de larga duración, y por esto mismo de considerable precio, la ley determina que si al poco tiempo de recibirlas muere el marido, los trajes o galas excusados, que no eran naturalmente necesarias, y sí, por lo tanto, deben reputarse como regalos extraordinarios, deben volver al cúmulo de los bienes del marido y pertenecer a sus herederos. Forzoso es reconocer que la realización de este precepto legal no puede menos de ofrecer las consiguientes dificultades que nacen de la clasifica-

ción y distinción de los objetos, pero, determinado el hecho, la aplicación del derecho preceptivo no puede ser dudosa.

La ley siguiente, 24 del mismo título, viene a concordar lo que pudiera resultar contradictorio entre el pacto y la costumbre, por haber variado los cónyuges de domicilio después de su casamiento, y a determinar que si la costumbre que rige en el lugar en que se casaron, es distinta de la que se observa en el que se realiza la disolución del matrimonio o de la sociedad conyugal, la devolución de los bienes debe realizarse conforme a la del primero y no a la del segundo. Dice así: «Contece muchas vegadas que quando casan el marido, e la muger, que ponen pleyto entre si, que quando muriere el uno, que herede el otro la donacion, o el arra, que dan el uno al otro por el casamiento, o fazen su avenencia, en que manera ayan lo que ganaren de consuno. E despues que son casados, acaesce que vienen a morar a otra tierra en que usan costumbre contraria de aquel pleyto, o de aquella avenencia que ellos pusieron. E porque podria acaescer dubda, quando muriese alguno dellos, si debe ser guardado el pleyto que pusieron entre si ante que casassen, o quando se casaron, o la costumbre de aquella tierra do se mudaron, por ende lo queremos departir. E dezimos, que el pleyto que ellos pusieron entre si deve valer en la manera que se avinieron, ante que casassen, o quando casaron, e non debe ser embargo por la costumbre contraria de aquella tierra do fuessen a morar. Esto mismo seria magüer ellos non pusiessen pleyto entre si: ca la costumbre de aquella tierra do ficieron el casamiento deve valer quanto en las dotes, e en las arras, e en las ganancias que fizieron, e non la de aquel lugar do se cambiaron.»

Hasta aquí hemos examinado todo lo concerniente a la devolución de los bienes dotales, cuándo ésta debe verificarse por la disolución del matrimonio o de la sociedad conyugal: réstanos, empero, examinar la única razón, y, por consiguiente, el único caso en que el marido debe entregar la dote, constante el matrimonio, y sin que se disuelva la

sociedad conyugal. A primera vista, tal vez aparezca contradictorio que, siendo el objeto de la constitución de la dote el sostenimiento de las cargas del matrimonio, mientras éste subsista, se obliga el marido a la devolución de los bienes dotales, pero esta apariencia se desvanece tan pronto como se considera que, no para contrariar, sino para sostener la integridad del supuesto, es para lo que se reconoce y establece legalmente esa precisa obligación. El marido debe devolver los bienes dotales, cuando la devolución se hace necesaria para salvar el concepto mismo de la constitución de la dote, para que con ella puedan cubrirse las necesidades de la sociedad conyugal. Dice la ley 29 del mismo título 11, Partida 4.ª: «Baratador o destruydor seyendo el marido de lo que oviere, de manera que entendiesse la muger, que venia el marido a pobreza por su culpa; y assi como si fuesse jugador, o oviesse en si otras malas costumbres, porque destruyesse lo suyo locamente, si temiese la muger que le desgastara, o le malmetera su dote, puedele demandar por juyzio que entregue de ella, o quel de recabdo, que la non enagene, o que la meta en mano de alguno que la guarde, e que gane con ella derechamente, e de las ganacias guisadas, e honestas, que les de dellas onde bivan. E esto puede fazer en esta manera, magüer dure el matrimonio. Mas si el marido fuesse de buena provision en aliñar e enderezar lo que oviesse, e no malmetiesse lo suyo locamente, segund que es sobre dicho, magüer viniesse a pobreza por alguna ocasion, nol podria la muger demandar la dote mientras que durasse el matrimonio. E en tal razon como esta se entiende lo que dize el derecho: que la muger que mete su cuerpo en poder de su marido, que nol deve desapoderar de la dote quel dio.»

Los diferentes conceptos que en conjunto comprende esta disposición legal hacen necesario, para su inteligencia, el método analítico. Decían los Romanos que entre las cosas de interés público estaba la conveniencia de salvar las dotes de las mujeres: la razón, la filosofía de este principio ha sido reconocida por todas las legislaciones que han me-

recido el ser tenidas por sabias y prudentes: la de D. Alfonso el Sabio no podía incurrir en tacha de lo contrario. A evitarla viene la ley que estamos examinando, cuyo principal concepto se reduce a determinar que, siempre que aparezca peligro de que la administración del marido pueda impedir la devolución de la dote, sea privado de ella; con la remoción de la causa, precaver y evitar el peligro. Esto es equitativo, moral y racionalmente; bajo este concepto, está preceptuado por la ley, y bajo todos tiene que considerarse justo. Pero la dificultad consiste en llegar a determinar el supuesto o hecho causal, y a esto es a lo que se dirige principalmente la ley. El peligro puede originarse por culpa o sin culpa del marido: la ley empieza suponiendo lo primero, y declara que, cuando el marido incurra en la nota de baratador o destruidor de lo suyo, en términos de que la mujer llegue a temer que le desgastará o le malmeterá su dote, puédele demandar por juicio. Lo primero. por lo tanto, que hay que examinar es la extensión del concepto que la ley supone para su determinación; cuándo y en qué circunstancias el marido incurrirá en la tacha de baratador y destruidor de lo suyo, teniéndose que reconocer, por lo tanto, racionalmente fundado el temor de la mujer.

En lo imposible raya poder sentar una regla general que sirva de criterio absolutamente aplicable, y antes, por el contrario, es forzoso reconocer que sólo por la consideración de las especialísimas circunstancias en cada caso podrá determinarse el que produzca la cuestión. Nuestros jurisconsultos, sin embargo, han tratado de fijar algunas reglas más concretas, acudiendo a fundarlas en las de los Romanos; creemos, por consiguiente, que lo mejor es presentar la fuente de donde han venido, y como tal las doctrinas y opiniones de Ulpiano. Dice este célebre jurisconsulto: «Si, constante el matrimonio, por la indigencia del marido, quisiera la mujer reclamar en juicio, ¿cuándo debemos suponer comienza el derecho de sacar la dote? Es evidente que procede desde el momento en que aparezca que los bienes del marido no bastan para la devolución. Si la mujer reclamase, alegando haber sido exheredado el ma-

rido, debe suponerse fundada la reclamación desde el día de la adhesión de la herencia paterna. Siempre que el marido se haya obligado a dar fianza, en seguridad del pago de la dote, desde cierto tiempo, desde el momento en que se ve que al plazo convenido no ha de poder prestarla, procede la reclamación, y a la devolución deberá ser condenado, deduciendo a su favor, sin embargo, lo que se regule importar el beneficio del plazo que le está concedido, de modo que la condenación sólo sea por el resto. Pero si el marido, pudiendo afianzar, se negase a ello, según el jurisconsulto Mela, debe ser condenado por el todo, sin deducción de lo que pudiera importar el beneficio del plazo aun no cumplido. Corresponde, pues, al juez, por su oficio, o absolver al marido, interpuesta que sea la fianza, o condenarle, tomando en cuenta la compensación por el tiempo que falta para cumplirse el plazo, que es lo que hoy más se acostumbra, y no debe de ser oída la mujer, si dijese que prefiere esperar a que el plazo se cumpla para el otorgamiento de la fianza, a la devolución de la dote con la deducción por el tiempo que falta. *Sive autem mariti, sive uxoris periculo dos fuit, nihilominus legitimo tempore devet solvere maritus.* Si parte de losbienes de la mujer hubiesen sido embargados, podrá reclamar el resto de la dote; y además, si no antes, y sí después de la reclamación, se declarara embargada alguna parte de la misma dote, deberá considerarse causa suficiente para que por el juez, a su arbitrio, conceda a la mujer la devolución del resto. Pero si todo el haber dotal resulta embargado, concluirá el juicio entablado por la mujer.» (Dig., lib. 14, tít. 3.º, ley 25.)

Toda esta doctrina de Ulpiano tiene que referirse, entre nosotros, al supuesto de que la indigencia del marido resulte de culpas que le sean imputables, porque la ley, cuyo examen nos ocupa, terminantemente distingue y declara que si el marido fuese buen administrador de sus cosas, por más que viniere a pobreza, por desgracia o casualidad, no podría la mujer demandar la dote mientras durara el matrimonio. porque «la muger que mete su cuerpo en poder de su marido nol debe desapoderar de la dote quel

dió». Tenemos ya, por lo tanto, fijado el supuesto de cuándo, en términos generales, procede la reclamacion de la mujer, y cuándo, por razones particulares, puede suponerse existente el mismo supuesto: debemos, pues, examinar la extensión y limitación del derecho de la mujer, ya suponiendo que exista, y sobre ello ordena la ley que la mujer puede exigir, o que el marido la entregue la dote, o que dé fianza de no enajenarla, o que se deposite en un tercero, que la guarde y la haga producir, para que de sus productos dé al matrimonio lo necesario para vivir. Desde luego, aparece que estos tres conceptos son disyuntivos, pues es claro que si el marido devuelve la dote, no tiene que afianzar la devolución, ni cabe el depósito, y que si afianza, ni tiene que devolverla ni depositarla, pero si bien esto es cierto cuando se presenta la posibilidad de los tres supuestos, no lo es menos que, negado cualquiera de ellos, la disyuntiva sólo puede referirse a los que existan, y llegar el caso en que tan sólo exista uno; es, pues, necesario examinar a quién de los dos corresponde la elección, cuando ésta, por la existencia de dos o más de los supuestos, pueda tener lugar. Considerando el principio que venimos reconociendo, de que, por lo mismo que el marido es el obligado, a él compete el derecho de opción respecto del modo de cumplir su obligación, el marido, a su voluntad, será árbitro para determinar el medio de garantizar el objeto primordial de que la mujer no pierda su dote. Pero aun reconocido el principio y sus legítimas consecuencias, podrá aparecer, y comunmente aparecerá, dificultad para su aplicación, por falta de seguridad acerca de si es o no suficiente el medio, o, lo que es lo mismo, y en último resultado, acerca de si verdaderamente existe o no el elegido; y esto también, por más que se quiere determinar legalmente, no puede menos de dejarse al prudente arbitrio judicial. El mismo Ulpiano (ley 22, tít. 3.°, lib. 24, Dig.) opina que cuando el marido es tan manifiestamente disipador de la dote, que desde luego se ve que no se conduce como un hombre honrado debe conducirse, procede el depósito o secuestro en cuanto sea suficiente para que la

mujer y su familia vivan decorosamente, según su clase, pero esto en manera alguna puede destruir la facultad del marido de cumplir su obligación entregando los bienes dotales a la mujer, aunque sí el derecho de dar fianza, porque, de este modo, tal vez no se garantice una parte del objeto principal, cual es la de que con los frutos de la dote se atienda a la manutención de la sociedad conyugal; por manera que si bien el marido debe tener el derecho de elección, sólo puede reconocérsele en absoluto cuando absolutamente pueda cumplir el objeto jurídico, que se extiende, no sólo a conservar la dote, sino a la que sus productos se dediquen a subvenir a las necesidades de la sociedad conyugal.

Considerando particularmente cada uno de los tres medios, no sólo podrán aclararse más las ideas que dejamos emitidas, sino determinar otras no menos interesantes: la entrega de la dote a la mujer concluye por completo la obligacion del marido, pero origina otra en contra de la misma mujer, que perfectamente explica Justiniano (ley 29, título 12, libro 5.º, Cód.) al admitir el supuesto en estos términos: «A la muger, viviendo el marido, y constante el matrimonio, bajo ningun concepto le es permitida la enagenacion de las cosas, y debe consumir los frutos dellas en su manutencion, la de su marido y sus hijos. Los acreedores del marido conservarán íntegros sus derechos contra el mismo y los bienes que por cualquier evento adquiera con posterioridad, y cada uno de los dos, el marido y la muger, despues de disuelto el matrimonio, podrán usar de la integridad de su derecho sobre la dote y donaciones ante-nupcias, al tenor de los instrumentos dotales.» Esta doctrina legal romana, perfectamente armónica con todos los principios reconocidos por nuestra legislación en la materia dotal, debe reconocerse aplicable; y, según ella, es indudable que los frutos o productos de la dote, cuando los bienes son entregados a la mujer, deben ser destinados al sostenimiento de las cargas del matrimonio, sin que deban responder de las deudas del marido, o a los créditos de sus acreedores.

Consiste el segundo de los tres supuestos en que el marido, para asegurar la dote, preste fianza, o como dice la ley, «quel de recabdo que la non enagene». En tal caso, el marido sigue administrando los bienes y percibiendo los productos, pero siempre con la obligación fundamental, porque tal es la condición esencial de la dote, de atender a la manutención de la sociedad conyugal. Como, de los tres supuestos, éste aparece más beneficioso al marido, reconocido su derecho para elegir, es preciso no perder de vista que, si bien por este medio se puede conseguir completamente la seguridad de la devolución de la dote, con ella no se llena completamente el objeto, porque todavía faltará la seguridad de que los productos de los bienes dotales se dediquen a cubrir las necesidades de la sociedad conyugal. Al efecto, por lo tanto, y para evitar la falta de esta segunda parte del objeto, debe constituirse la fianza en términos que responda a los dos extremos, garantizando no sólo la devolución de los bienes dotales, cuando llegue el caso, sino la inversión de los productos en el levantamiento de las cargas del matrimonio.

El tercero y último de los supuestos es el depósito o secuestro de la dote, y dice la ley «que la meta en mano de alguno que la guarde, e que gane con ella derechamente; e de las ganancias guisadas e honestas, que les de dellas onde bivan». Esto aparece mucho más explícitamente determinado que lo referente a cada uno de estos dos extremos, pues no ya por deducción de los principios reconocidos, sino por expresa determinación legal, vemos aquí preceptuado que los productos de la dote deben destinarse a cubrir las necesidades de la sociedad conyugal, con la notable particularidad de que, al efecto, no dice la ley que sean entregados ni al marido ni a la mujer, *sino a los dos les de*. Pero si bien en cuanto a esto el precepto legal se presenta claro y terminante, no sucede lo mismo respecto a otro concepto, que es, a nuestro juicio, el más difícil de determinar, de todos los que se comprenden en la materia. Siendo además muy frecuente la necesidad de su aplicación y muy ocasionada a legitimar o sostener jurídicamen-

te fraudes y especulaciones maliciosas la equivocada inteligencia del concepto o la indebida aplicación del precepto; y esto hasta tal punto, que la dificultad se presenta no sólo en este tercer supuesto, sino también en los dos anteriores, por las mismas idénticas razones: de modo que tenemos que examinar la cuestión en su generalización, empezando por plantearla con la precisa claridad.

La dote es de la mujer, y por lo mismo que su administración corresponde al marido, debe asegurarse contra todo evento la devolución al verdadero propietario. Cuando las garantías naturales u ordinarias no son suficientes, es preciso acudir a las extraordinarias, y éste es indudablemente el carácter de las tres que venimos examinando. Los productos de la dote corresponden al marido, pero con la condición de dedicarlos al levantamiento de las cargas del matrimonio. Hemos examinado los tres supuestos, y con referencia a cada uno de ellos hemos visto la aplicación de todos estos principios, pero no hemos determinado su extensión, porque en esto está la verdadera dificultad que produce la cuestión que dejamos indicada. ¿Qué es, a cuánto debe extenderse lo que de los productos de la dote, en cualquiera de los tres supuestos, debe dedicarse al sostenimiento de las cargas de la sociedad? ¿Es el todo, de modo que con ello se cubra hasta lo superfluo, o es tan sólo lo que baste a cubrir lo necesario? No es posible dejar de considerar que generalmente, pues muy pocas serán las excepciones, cuando llega la necesidad de acudir a cualquiera de los tres extremos para salvar los derechos de la mujer, su interés se presenta en contra del de los acreedores del marido. ¿Cuál es, pues, el verdadero derecho de la una y los otros, puesto que los derechos nunca pueden estar en oposición? A la sana moral, a la equidad, repugna que mientras el marido, con los productos de la dote, viva en la opulencia, sus acreedores dejen de cobrar aquello que les corresponde, y que tal vez se haya invertido en el justo y lujo de su deudor y de su misma mujer. ¿Es esto lo que la ley sanciona? Creemos que es precisamente lo contrario, mas, para justificar nuestra opinión, tenemos

que volver a examinar lo que ya dejamos expuesto, concretándolo al punto preciso en que nos estamos ocupando.

La ley, ni cuando habla de que la dote sea devuelta a la mujer, ni de que sea garantizada la devolución por medio de fianza, dice cosa alguna respecto de los productos. Sólo, sí, al hablar del depósito, ordena que *dellas* el depositario debe entregar a los cónyuges *onde bivan,* y en este modo de expresar la idea es imposible comprender otra cosa que aquello que se conceptúe necesario para vivir. Es cierto que por la ley romana, que dejamos traducida, en el supuesto de que la dote sea entregada a la mujer, se priva a los acreedores de toda acción contra los productos de los bienes dotales, pero la ley romana no está vigente, puede tomarse, cuando más, en concepto de doctrina; la de Partida es verdadera ley, su precepto obligatorio; y apareciendo indudable que para un caso en que no puede desconocerse que existen las mismas consideraciones acepta la resolución armónica con los principios de moral y de equidad, extensivo debe considerarse su precepto al otro caso: en el de que la devolución se garantice por medio de fianza; y debiéndose extender ésta, según nuestra manifestada opinión, a garantizar igualmente el supuesto de que los productos sean aplicados a cubrir las necesidades de la sociedad, como tampoco la ley declara cosa alguna acerca del punto cuestionable, creemos que por las mismas consideraciones, y aun con mayor razón, debe aceptarse nuestra opinión, porque en tal caso hay a favor de ella además el hecho de que el marido no se desprende de la administración del haber dotal.

Preséntanse contra la opinión que aceptamos algunos razonamientos, de los que no podemos menos de hacernos cargo: prescindiremos del que aparece en primer término, y que se funda en el principio de que los frutos de la dote deben destinarse al sostenimiento de la sociedad, porque este es precisamente el supuesto discutible, la causa originaria de la cuestión, y no es lógico convertir la dificultad en supuesto. El segundo se formula sentando el principio de que lo accesorio debe seguir a lo principal, que los fru-

tos son accesorios de los bienes que los producen, y que, por consiguiente, deberá atribuirse a quien los bienes pertenecen. Tal vez este argumento sea el de mayor fuerza; sin embargo, con la mayor facilidad se destruye, y vamos a hacerlo, siguiendo las reglas aristotélicas, puesto que conforme a ellas aparece formado. Concedemos, desde luego, la mayor, y al llegar a la menor distinguimos: los frutos son accesorios de los bienes que los producen; generalmente concedemos, absolutamente negamos. Negada la menor no es lógica la consecuencia, porque precisamente se vicia, por incidir en el extremo negado. Tan cierto es que universalmente, los frutos, en el terreno jurídico, no son accesorios de los bienes que los producen, como que precisamente en la dote sucede todo lo contrario, pues siendo los bienes de la mujer, los frutos son del marido. En esto mismo puede fundarse la refutación de otra de las argumentaciones que se presentan contra nuestra opinión. La mujer no debe responder de las deudas del marido: esta proposición es verdadera; y aun prescindiendo de la excepción comprendida en la ley 61 de Toro, y también de la extensión que puede darse a la 60, de las que nos ocuparemos cuando de los gananciales, la admitimos en concepto absoluto, pues nada empece a nuestro propósito. Es cierto que la mujer no debe responder de las deudas del marido, pero la proposición, ni se refiere, ni puede referirse más que a los bienes de la misma mujer; admitiendo, por consiguiente, el supuesto, se salva por completo lo ordenado por la ley de Partida, pero si se trata de extenderlo a los frutos de la dote, se incurre en manifiesta contradicción, porque esos frutos no son de la mujer, sino del marido: ella, con sus bienes, no debe responder de las deudas de su cónyuge, pero el marido, con los suyos, debe responder de las suyas; tiene una preferente, con relación a los productos de la dote, cual es la de levantar las cargas de la sociedad, pero, una vez solventada, una vez cubierta esta obligación en lo que sea necesario, dedicando de los productos aquella parte *onde bivan*, el resto, como perteneciente al marido, debe responder de sus deudas.

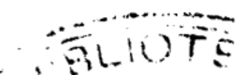
Esta es nuestra opinión, y como tal la presentamos en oposición a la práctica más generalmente seguida, reconociendo además las dificultades materiales que su aplicación no puede menos de ofrecer, puesto que para ello será siempre preciso determinar hasta dónde llega lo necesario y desde dónde, por consiguiente, empieza lo superfluo, tomando en cuenta las circunstancias de todo género concurrentes en cada caso particular. Pero esto no es imposible, y nunca debe dejarse de realizar lo justo y equitativo, por difícil que sea cuando, puede verificarse. Todo se reduce a determinar, en concreto, un concepto abstracto: las mismas circunstancias especiales podrán proporcionar un criterio de razón, si no absolutamente completo, suficiente para auxiliar el de autoridad, encomendando al recto arbitrio judicial la determinación del tanto de los productos que debe destinarse al sostenimiento de las cargas de la sociedad, para acudir con el resto a pagar las deudas del marido. Nadie debe enriquecerse con perjuicio de otro.

§ IV

Legislación posterior a la de las Partidas.

Las leyes de Toro determinan el régimen definitivo de las dotes.—Doctrina de la ley 29, relativa a que las donaciones en dote, o en cualquier otro concepto, no perjudiquen la legítima o herencia forzosa.—Tasa de las dotes.—De qué bienes ha de pagarse la dote, según la ley 53.—Las obligaciones que nacen del delito afectan sólo al cónyuge delincuente, conforme a las leyes 77 y 78.—El marido que mata por su propia autoridad al adúltero, a tenor de la ley 82, no gana la dote.—Leyes recopiladas.—Su criterio acerca de la tasación de las dotes.—Prohibición de mejorar a los hijos por vía de dote.—Si la ley recopilada ha derogado o no el derecho de elección del momento en que le fué concedida la dote, o en el que se verifica la herencia.—Si le está prohibido al padre la promesa de no mejorar a ninguno de sus hijos.—Origen de la ley recopilada.—Garantía legal a favor de los derechos de las mujeres y de sus herederos: antigua hipoteca tácita general; nuevo sistema, consistente en conceder a la mujer el derecho de exigir del marido hipoteca especial.—Concepto de la garantía, según la clase de dote.

Hemos examinado el sistema dotal que las leyes de Don Alonso el Sabio establecieron, siguiendo, con muy ligeras



modificaciones, el de los Romanos, y modificando muy notablemente el de los Godos, que desde el Fuero Juzgo venía rigiendo como general en España. La diferencia no podía menos de producir inconvenientes para su aceptación: éstos, entre otros muchos, impidieron la generalización del Código alfonsino, originando la necesidad de leyes posteriores, por las que fueran concordándose las máximas y doctrinas en lo que resultaban contradictorias; hasta las leyes de Toro no se llegó al anhelado objeto: las leyes de Toro, por consiguiente, son las que definitivamente determinaron toda la materia que en cuanto a dotes rige en la actualidad. Pero por lo mismo que son disposiciones determinadas, para concordar tenían que estar, y, efectivamente, están, necesaria e íntimamente relacionadas con otras materias, y de aquí nace la inmensa dificultad, que se eleva a verdadera imposibilidad, de considerarlas con aplicación a una materia determinada, a no ser que sea la escogida la única de que se quiera tratar, combinándola con todas las demás, en términos que, bajo uno u otro concepto, lo que verdaderamente se verifique sea la generalización. En nuestro trabajo, en nuestra obra, considerada en conjunto, así resultará, pero, por lo mismo, en cada una de sus partes nos será imposible comprenderlas todas, teniéndonos que concretar al examen de las que en más directa relación estén con el asunto. Las dotes se relacionan con los gananciales, con las herencias testadas e intestadas, con las voluntarias y necesarias; por consiguiente, con las legítimas y las mejoras, con las reservaciones, y, para decirlo de una vez, con todo el derecho civil, pues a todo afecta lo relativo a la familia, fundamento principal del estado de las personas, y que no puede menos de influir en la pertenencia de las cosas y ejercicio de las acciones. Por manera que, aun siguiendo nuestro sistema, procurando tratar en cada parte sólo de aquello que con el asunto esté más relacionado, no podremos evitar las excursiones necesarias a otras materias, y de ejemplo puede servir lo que pasamos a considerar.

Dice la ley 29 de Toro (5.ª, título 3.°, libro 10 de la Novísima Recopilación): «Cuando algun hijo ó hija viniere á he-

redar ó partir los bienes de su padre ó de su madre, ó de sus descendientes, sean obligados ellos e sus herederos á traher á collacion e particion la dote e donacion *propter nuptias* e las otras donaciones que obieren recebido de aquel cuyos bienes bienen á heredar. Pero si se quisieren apartar de la herencia, que lo puedan hacer, salvo si la tal dote ó donaciones fueren inofficiosas, que en este caso mandamos que sean obligados los que las recibieren, ansi los hijos e descendientes en lo que toca á las donaciones, como las fijas e sus maridos en lo que toca á las dotes, puesto que sea durante el matrimonio á tornar, á los otros herederos del testador aquello en que son inofficiosas para que lo partan entre si. E para se decir la tal dote inofficiosa se mire á lo que escede de su legítima de tercio e quinto de mejoria, en caso quel que la dió podia facer la dicha mejoria cuando fizo la dicha donacion, o dio la dicha dote, habiendo consideracion al valor de los bienes del que dio o prometio la dicha dote, al tiempo que la dicha dote fue constituida, o mandada, o al tiempo de la muerte del que dio la dicha dote, o la prometió, do mas quisiere escoger aquel á quien fue la dicha dote prometida ó mandada. Pero las otras donaciones que se ficieren a los hijos, mandamos que para se decir inofficiosas se haya consideracion á lo que los dichos bienes del donador valieren al tiempo de su muerte.»

Todo lo que en esta ley se ordena se puede refundir en la proposición de que las donaciones en dote, ni en cualquier otro concepto hechas por los ascendientes a los descendientes, no deben perjudicar, ni perjudican, las legitimas o herencias forzosas de los coherederos de aquellos a cuyo favor se hayan constituído, pero por lo mismo, y desde luego, se comprende la imposibilidad de exponer lo necesario para su inteligencia, sin explicar o dar por conocido cuanto se refiere al derecho hereditario, a las herencias testadas e intestadas. El explicarlo en este lugar sería trastornar todo el orden y método de nuestra obra, y si lo consideramos conocido, ninguna explicación necesita la ley, porque clara y manifiestamente aparece la concordan-

cia con lo que en esas materias aparece reconocido y preceptuado. Sin embargo, a la materia de dotes se refiere; y hasta tal punto, que por esta ley viene a tasarse, a limitarse la facultad de los padres y ascendientes, respecto del tanto que pueden dar en dote a sus descendientes, y, por consiguiente, a fijarse cuándo lo que dan está dentro de lo lícito, y cuando, por excederse de ello, las dotes, en el exceso, deben considerarse inoficiosas. Únicamente, por lo tanto, podremos decir que, por esta ley de Toro, la tasa de las dotes no puede verificarse en vida del que la constituye, y sí sólo después de su muerte, al tratarse de su herencia, para que, calculando lo que por la constitución de la dote ha salido de sus bienes, para poder determinar la cuantía de la herencia, que es lo que se comprende en la idea de llevar a colación, pueda llegarse a determinar si ha habido exceso que perjudique las legítimas o herencias forzosas de los demás compartícipes en la general, y, además, modificar algún tanto el concepto de la legislación de Partida, pues siendo lo cierto que por ella se establecía la necesidad de colacionar las dotes a la herencia paterna, sin que nada se dijera respecto de la materna, por la ley que estamos examinando se ven ya, con toda claridad, parificadas las dos procedencias, y ordenado que, cuando la dote haya sido constituída por el padre, debe llevarse a colación a su herencia, y cuando por la madre, a la suya; con lo que también está en íntima relación lo explicado y preceptuado por la ley 53 de Toro (4.ª, título 3.º, libro 10, Nov. Rec.), que dice así:

«Si el marido e la muger, durante el matrimonio, casaren algun fijo comun, e ambos le prometieren la dote, ó donacion propter nuptias, que ambos la paguen de los bienes que tuvieren ganados durante el matrimonio, e si no los oviere que basten a la paga de la dicha dote y donacion propter nuptias, que lo paguen de por medio de los otros bienes que les pertenescieren en cualesquier manera; pero si el padre sólo durante el matrimonio dota, ó hace donacion propter nuptias á algun fijo comun, y del tal matrimonio oviere bienes de ganancia, de aquellos se page en lo

que en las ganancias cupiere, y si no las oviere, que la tal dote, ó donacion propter nuptias, se pague de los bienes del marido e no de la muger.» Hemos visto cómo por la legislación de las Partidas se imponía la obligación de dotar tan sólo al padre, pues a la madre únicamente se extendía en casos o circunstancias muy excepcionales. En esta ley 53 de Toro se modifica muy notablemente este concepto. Por su primera parte, y en el supuesto de que el padre y la madre prometan la dote, se declara que los dos deben pagarla por mitad: primero, de los bienes gananciales, si los hay, y en su defecto, o segundo lugar, de los que a cada uno pertenezcan como propios o oportados al matrimonio. Hasta aquí, nada en contrario a la ley de Partida se establece, porque nada obligatorio se ordena, puesto que la obligación de la madre no se establece directamente por la ley, sino mediante la promesa. Pero a seguida se declara que si sólo el padre es el promitente, y existen bienes de ganancia, de aquellos bienes, y en lo que en elles quepa, se pague la dote prometida, y si ganancias no hubiere y la madre no hubiese prometido, la dote se pague únicamente de los bienes del padre. Resulta, por lo tanto, que, cuando hay gananciales, la dote constituída por el padre únicamente afecta a la parte de ganancias que corresponde a la madre, y, por consiguiente, a sus bienes, siendo obligación de la misma, en el caso supuesto, el dar dote a sus hijas y donación a sus hijos.

Hemos también visto cómo, en conformidad a las leyes de las Partidas, el marido, o sus herederos, deben responder de los bienes dotales, y cómo los desperfectos que sobrevengan en los mismos bienes, cuando se han dado en concepto de inestimados, no afectan al marido sino por culpa, marcando la debida diferencia de cuando la dote es estimada. Para llegar al complemento de la teoría faltaba considerar las obligaciones que pueden nacer de los delitos, y a llenar este vacío vienen las leyes 77 y 78 de Toro (10 y 11, título 4.°, libro 10 de la N. R.), que dicen así: «Por el delicto que el marido o la muger cometieren, aunque sea de heregia, o de otra cualquier calidad, no pierda el uno por

el delicto del otro sus bienes, ni la mitad de las ganancias avidas durante el matrimonio, e mandamos que sea avidos por bienes de ganancia todo lo multiplicado durante el matrimonio, fasta que por el tal delieto los bienes de cualquiera dellos sean declarados por sentencia, aunque el delicto sea de tal calidad que imponga la pena ipso jure.» «La muger, durante el matrimonio, por delicto pueda perder, en parte o en todo, sus bienes dotales, o de ganancia, o de otra cualquier qualidad que sean.» Con toda claridad, y en completa conformidad con la razón, se ve determinado por estas leyes que las obligaciones que nacen del delito, ni afectan ni pueden afectar más que al delincuente, y, por lo tanto, que el marido no responde, ni debe responder, ni aun con la parte de gananciales, de aquello a que su mujer haya sido condenada por pena o en razón a la perpetración de cualquiera hecho ilícito, y que todo ello debe ser satisfecho de la parte de bienes gananciales que podrían corresponderle, o, en su defecto, de los dotales, o de los que bajo cualquier otro concepto le pertenezcan.

Hemos ya consignado en su oportuno lugar cómo, con qué condiciones y circunstancias el marido podía matar a su mujer adúltera, y las modificaciones que las leyes, siguiendo el curso natural de las ideas y de los adelantos en la civilización, han ido sucesivamente estableciendo sobre este punto. Hemos también expuesto en el párrafo anterior que el marido, por el adulterio de su mujer, gana la dote, o, lo que es lo mismo, la exención de devolver los bienes que han sido dotales, cuando por esta causa se disuelva la sociedad conyugal. La ley 82 de Toro (5.ª, título 28, libro 12, N.) viene a completar la materia, ordenando que «el marido que matare por su propia autoridad al adultero, e á la adultera, aunque los tome infraganti delicto, y sea justamente fecha la muerte, no gane la dote ni los bienes del que matare, salvo si los matare, ó condenare por autoridad de nuestra justicia, que en tal caso mandamos que se guarde la ley del fuero de las leyes que en este caso disponen.» En esta ley se supone, y era cierto a su promulgación, que el marido, por su propia autoridad, podía ma-

tar al adúltero y a la adúltera, y también que podía hacerlos condenar o matar por la autoridad pública; y, con la debida distinción del supuesto, declara que en el primer caso no gane la dote y sí en el segundo. Los dos extremos han llegado a modificarse: ya el marido, legalmente, no puede por sí matar a los adúlteros, ni el adulterio se castiga con la pena capital, pero, aunque ilícitamente, puede acontecer que el marido los mate, si bien incurriendo en la pena establecida por el Código; de modo que la ley, en su fundamental determinación, debe considerarse vigente, y aun con mayor razón de la que existía al tiempo de ser promulgada, y según ella, el derecho de ganar la dote por el adulterio de la mujer tan sólo debe reconocerse al marido cuando haya sido condenada en tal concepto y se realice a su consecuencia la separación de la sociedad conyugal.

Las que dejamos copiadas son, entre las leyes de Toro, las que más íntimamente se relacionan con la materia en que nos estamos ocupando. Con posterioridad a ellas se dieron las recopiladas con los números 6, 7 y 8 del título 3.º, libro 10 de la Nov. Rec. Las tres tienen por objeto regularizar la constitución de las dotes, limitar el exceso de generosidad con que los padres solían proceder al prometer o dar dotes a sus hijas, evitar el abuso de que se dieran en dote cargos u oficios públicos y el procurar que las mujeres fueran dotadas, para facilitar los matrimonios, dedicando al efecto algunas rentas públicas, particularmente eclesiásticas. De todo ello, porque lo demás, naturalmente, y como de efímeras circunstancias, ha venido a caer en desuso, lo principal se reduce a la tasa o regulación de las dotes, y el sistema para ello adoptado es el de proporcionarlas al capital del padre. Tal vez, atendida la riqueza de los diferentes tiempos en que se sancionaron esas disposiciones legales y el estado de las costumbres que en ellos existían, pudiera defenderse semejante sistema; tal vez, por lo tanto, sea imposible negar a esas leyes cierta bondad relativa o de pura actualidad, porque si con las ideas generales de derecho se examinan, no puede menos de reconocerse que el medio por ellas adoptado contradice cuanto de

científico y moral debe regir en la materia. Imposible es cohonestar la investigación necesaria para realizar el precepto de la ley y poder llegar a determinar, por el tanto del capital del padre, si la dote dada u ofrecida es inoficiosa. En cada caso particular podía ofrecerse el repugnante espectáculo de que un hijo se presentara disputando con su padre sobre si se excedía o no al dotar a la hija o hermana respectiva, exigiendo la formación de un inventario y tasación de los bienes y la indispensable publicación de la fortuna de la familia, que si en otros tiempos hubiera podido hacerse sin grandes inconvenientes, en el día, y en la mayor parte de los casos, los produciría de inmensa trascendencia.

El medio de regulación filosófico, jurídico y, por consiguiente, social y moral, era y es, a no poderlo dudar, el establecido en las leyes de Toro, y que ya dejamos explicado, reducido a que por las dotes no se perjudiquen las legítimas. Esto es lo que se establece en la ley 29 y en todas sus concordantes; pero en la primera de las que estamos considerando se consigna un precepto que ha turbado el completo sistema, considerado y establecido en la legislación de Toro, produciendo un cúmulo de dudas, cuestiones y disputas que desde su promulgación se originaron, y que, forzoso es reconocerlo, todavía están por resolver. El precepto a que nos referimos dice así: «Mandamos que ninguno pueda dar ni prometer, por via de dote ni casamiento de hija, tercio ni quinto de sus bienes, ni se entienda ser mejorada tácita ni expresamente por ninguna manera de contrato entre vivos, so pena que todo lo que demas de lo aqui contenido diere y prometiere segun dicho es lo haya perdido y pierda.» Lícito era por la ley de Toro mejorar por razón de casamiento a los hijos y a las hijas: las dotes debían imputarse en la legítima, y si de ella excedían en el tercio y hasta en el quinto, aun podía la hija elegir para el cómputo el tiempo en que la dote fué constituída, o en el que se verificaba la herencia, a su voluntad, y, por consiguiente, a su conveniencia. La ley recopilada prohibe la mejora por causa de dote, y declara además que

la hija no se entienda mejorada tácita ni expresamente por ninguna manera de contrato entre vivos, sin extender ni la prohibición ni la declaración a los hijos y sin expresar cosa alguna acerca de si para tasar la dote puede o no la hija elegir el tiempo en que le fué concedida o en el que se verifica la herencia. Lo primero que a la consideración resalta es que la ley de Toro favorecía más a las hijas que a los hijos, y que, por el contrario, la recopilada hace de mejor condición a los hijos que a las hijas: el beneficio que la ley de Toro concedía a las hijas estaba reducido al expresado derecho de elección; en todo lo demás las paraficaba por completo. Comprendemos que fuera equitativo destruir la diferencia, pero no cómo puede conformarse con la equidad y la justicia que se prohiba respecto a las hijas lo que respecto a los hijos se concede: comprendemos que en favor del débil, del que tiene menos recursos para procurarse lo necesario, se faltara en algo a la equidad: no llegamos a comprender en qué puede fundarse lo contrario. El haber destruído ese beneficio de elección podría encontrar fundamento en la conveniencia de evitar operaciones complicadas, cálculos difíciles, como no pueden menos de serlo los necesarios para fijar si en la legítima tercio y quinto de los bienes paternos cabía la dote al tiempo de su constitución, pero el dejar este inconveniente en la ley, incurriendo además en los otros indicados, no podemos concebir en qué razón puede fundarse, y como el criterio de razón viene a resultar contra el de autoridad, consiguientes son las dudas, las cuestiones, la completa indecisión en todo aquello que literalmente no está expresado en el texto legal.

A todos los autores que han tratado esta materia les ha sucedido lo mismo que a nosotros: han reconocido, porque no podían menos de reconocer con el precepto a la vista, que las hijas, por causa de dote, ni por cualquier otro contrato entre vivos, podían ser mejoradas, tácita ni expresamente; han dudado ya al momento de si les quedaba el derecho de elección, puesto que de él, indudablemente, puede resultar una mejora. La opinión más general es la de que el derecho de elección no se derogó por la ley reco-

pilada, y la fundan en que este derecho debe considerarse compensación del perjuicio en que la ley las constituye, de no poder ser mejoradas; pero, a la verdad, esto no satisface, pues como ya hemos dicho, la elección puede producir mejora, y en este concepto deberáse comprender en la prohibición de la ley, y es positivo, que siempre que se elija, para hacer el cálculo, el tiempo de la constitución de la dote, que siempre que haya motivo de elección, será porque, al optar por que se haga el cálculo con referencia al tiempo de constituirse la dote, la hija reporte un beneficio que consista en sacar más que por herencia forzosa le correspondería, y todo el exceso es mejora. Se ha disputado también sobre si al padre le está prohibido por la ley recopilada la promesa de no mejorar a ninguno de los hijos, es decir, se ha traído a discusión si esta promesa es o no mejora: si se decide la afirmativa, está prohibida; si la negativa, no. Para la resolución de esta duda es absolutamente indispensable acudir a un extenso examen de toda la materia de mejoras; y por ilación, y completa analogía, a todo lo referente a las herencias forzosas. Claro está que no es de este lugar, y que por ahora no podemos hacer más que indicar lo que en otra parte tendremos que explanar. Concluiremos, por lo tanto, añadiendo únicamente algunas, muy ligeras, observaciones.

La ley recopilada tuvo origen en la pragmática de Madrid de 1534, y las Cortes, en 1573, por su petición 37, decían: «Suplicamos á V. M. que las dotes que en estos Reinos se dieren no puedan ser mas que la legitima que vendria á la dotada si entonces se partiesen los bienes del dotador, y que si de hecho mas se le mandare o recibiere, en público o en secreto, directe o indirecte, por el mismo caso pase el derecho de la demasia a los herederos.» Concordando esta petición, que es la parte de la ley recopilada que hemos copiado, parece indudable que el deseo de las Cortes y la decisión del rey se conformaron en que las dotes se regularan por el valor de los bienes del padre al constituirlas, y tanto más se llega a este convencimiento cuanto, evidentemente, se ve admitida la misma idea en todas las demás

disposiciones de la misma ley. Si, pues, se adopta este supuesto, necesariamente se incide en que está derogado el derecho de elección, y, por consiguiente, en que la regulación de la dote siempre debe hacerse con referencia al valor de los bienes del padre al tiempo de constituirla: de modo que si, al tiempo de verificarse la herencia, no cabe en la legítima de la hija lo que ya ha recibido por dote, conservará, no obstante, la totalidad, resultando mejorada, a pesar del contexto literal de la ley, y si la legítima, al tiempo de verificarse la herencia, excede de lo que la hija tenía recibido por dote, deberá serle abonado, porque nada hay que lo contrario determine; por manera que, aunque sin derecho de elección, el concepto de la ley puede llevarse a lo que es más favorable a la hija, si bien sea necesario para ello contrariar en algún tanto el significado literal de las palabras del texto.

Réstanos únicamente, para completar lo concerniente a la materia de dotes, indicar la garantía legal establecida a favor de los derechos de las mujeres y sus herederos, y a propósito lo hemos dejado para lo último, porque es la última modificación que en nuestro derecho se ha introducido y se comprende en la reciente ley Hipotecaria. Pero decimos que sólo tratamos de indicarla en este lugar, porque para exponerla con la debida latitud seria preciso explicar todo lo concerniente a hipoteeas, que debemos reservar para otro lugar, pues no de otro modo es posible llegar a determinar el concepto en que la garantía ha estado establecida hasta su modificación y las verdaderas preferencias que entre las diferentes especies de hipotecas se reconocían a favor de la seguridad de los créditos dotales. Establecían nuestras antiguas leyes la hipoteca tácita general, en garantía de los derechos dotales de las mujeres, sobre todos los bienes que a los maridos correspondieran, ya al tiempo de la constitución de la dote, ya por adquisiciones posteriores y verificadas durante la sociedad conyugal. Según el nuevo sistema, este supuesto se ha modificado, declarándose abolido el derecho de hipoteca tácita general, sustituyendo en su lugar una verdadera caución,

que consiste en conceder a la mujer el derecho de exigir que el marido le hipoteque bienes especiales y expresamente obligados a garantizar el cumplimiento de las mismas obligaciones. No se ha perjudicado, a pesar de esto, la garantía legal establecida a favor de las mujeres casadas al tiempo de promulgarse la ley, pues ésta tan sólo puede ser eficaz para lo sucesivo, y esto mismo demuestra con toda claridad la necesidad del completo examen de la ley y la imposibilidad de hacerlo en este lugar. Lo que por ahora creemos conveniente y conceptuamos oportuno es fijar, por medio de la debida distinción, el verdadero concepto de la garantía y la justa extensión de su necesidad.

Para ello hay que acudir a la división de la dote en estimada e inestimada. Respecto de la primera, la garantía se hace necesaria, porque no de otro modo podrá la mujer, o sus herederos, tener seguridad de que, cuando llegue el caso de verificar la devolución, su derecho se haga efectivo, mas respecto de la segunda, y en términos generales, la necesidad desaparece. Los bienes dotales inestimados, por la misma naturaleza de la propiedad que en ellos conserva la mujer, no están expuestos a desaparecer por actos del marido; no puede venderlos, enajenarlos ni gravarlos de modo que se disminuya su valor o estimación: sí puede, sin embargo, proceder en su administración en términos de perjudicarlos; sólo a esto, por consiguiente, debe y tiene que referirse la garantía. Pero si el marido no, la mujer sí puede enajenarlos, venderlos u obligarlos, con licencia del marido, y por este medio resultar una variación del concepto sumamente sustancial, pues puede llegar a consistir en que la dote que fué inestimada se convierta en estimada, como sucedería, por ejemplo, si consistiendo en diferentes fincas rústicas o urbanas, se vendiera alguna de ellas, y el precio, como es natural y jurídico, entrara en poder del marido o se gravara a favor de algún crédito, deuda del marido o de la sociedad conyugal, y que por lo mismo debiera ser del cargo del marido. En cualquiera de los dos supuestos o de otros análogos o semejantes, como los bienes dotales han de sacarse

siempre con preferencia a los que pertenezcan al marido, con solas las excepciones que establecen las leyes 60 y 61 de Toro, de las que ya hemos hecho mención, la garantía se hace necesaria, y debe verificarse siempre que sea posible. Esto viene a constituir un verdadero derecho en la cosa, que es preciso considerar con detención, para que, distinguiendo bien los conceptos, se evite el incurrir en confusión.

Hemos dicho que la mujer, en la dote inestimada, conserva la propiedad llamada dominio, no necesita más garantías que las que este derecho ofrece: en dondequiera que la cosa está, clama por su dueño; dondequiera que una de las cosas dotales inestimada esté, por su dueño, que es la mujer, clamará. Si ha perdido el dominio, porque la ha vendido o enajenado, siendo la enajenación válida, conforme a derecho, faltará el supuesto, y, por consiguiente inaplicable será la consecuencia, mas respecto de la dote estimada hemos dicho que la propiedad de la mujer no es la de dominio, pues se encuentra limitada a la de crédito, a la de ser acreedora; pero este crédito, que no pasa de ser un derecho a la cosa, se encuentra confirmado, corroborado, por el derecho en la cosa, que es el que se comprende en la hipoteca, hasta ahora tácita y general: de modo que los bienes que hayan sido del marido, en dondequiera que existan, responderán de la dote de la mujer; desde que tenga aplicación la nueva teoría establecida por la ley Hipotecaria, sólo responderán, aunque en el mismo concepto, los bienes sobre los que se haya impuesto el gravamen expresa y especialmente.

SECCIÓN SEGUNDA

DE LOS PARAFERNALES (1)

Etimología y concepto de los parafernales. — Cuáles bienes de la mujer deben tenerse por parafernales. — Recuerdo de lo expuesto sobre jefatura de la sociedad conyugal y administración por el marido.—Contradicción de la legislación alfonsina con la de Toro.—Base fundamental en la materia, según la ley 5.ª, título 2.º, Partida 3.ª, para poder usar el marido de los bienes de la mujer, sin ninguna distinción. — Según la ley 7.ª, título 11 de la misma Partida, sólo puede administrar el marido los que él da a la mujer y la mujer a él. — Concordancia de esta última ley con la 25 de los mismos título y Partida. — Causas de lo confuso de la jurisprudencia sobre parafernales. — Doctrina del Fuero Juzgo y del Fuero Viejo, afirmativa de la prohibición de contraer por sí la mujer, sin licencia del marido, obligación afectante a la sociedad conyugal, salvo determinados casos, y de la facultad del marido para enajenar. — Recapitulación de la doctrina de las leyes de Toro. — Doctrina del Tribunal Supremo. — Alcance de esta doctrina. — Determinación de los verdaderos parafernales. — Expresión de la voluntad del marido de que su mujer administre y disfrute los bienes en tiempo anterior o posterior a la celebración del matrimonio. — Validez del pacto anterior al matrimonio, aunque referente a supuestos posteriores. — Modificación de los conceptos generales. — Doctrina de Ulpiano acerca de las cosas de uso especial de la mujer.— Garantías legales para la devolución de los bienes extradotales. — Doctrina de jurisprudencia afirmativa de la responsabilidad del marido a la devolución del precio de bienes heredados por la mujer.

Dice la ley 17, título 11, Partida 4.ª: «Paraferna son llamados en griego todos los bienes, e las cosas, quier sean muebles ó rayzes, que retienen las mugeres para si apartadamente, e non entran en cuento de dote; e tomo este nome á para, que quiere tanto dezir, en griego, como á cerca, e ferna, que es dicho por dote, que quier tanto dezir en romance como todas las cosas que son ayuntadas e allegadas a la dote. E todas estas cosas que son llamadas en griego paraferna, si las diere la muger al marido con entencion que aya el señorio dellas, mientra que durare el matrimonio, averlo ha; bien assi como de las quel dá por

(1) Arts. 1.381 a 1.391 del Código civil.

dote. E si las non diere al marido señaladamente, nin fuere su entencion que aya el señorio en ellas, siempre finca la muger por señora dellas. Esso mismo seria quando fuessen en dubdas si las diere al marido ó non. E todas estas cosas que son dichas paraferna han tal previlejo como la dote; ca bien assi como todos los bienes del marido son obligados a la muger, si el marido enagena, ó malmete la dote, assi son obligados por la paraferna, á quienquier que passen. E magüer que tal obligacion como esta non sea fecha por palabra, entiendese que se faz tan solamente por el fecho. Ca luego que el marido rescibe la dote, ó las otras cosas que son llamadas paraferna, son obligados por ende á la muger todos sus bienes: tambien los que ha estonce, como los que avra despues.»

Sencilla, a primera vista, aparece en esta ley la materia objeto de este capítulo. Acudiendo hasta la etimología de la palabra, y encontrándola en la lengua griega, se viene a determinar que parafernales quiere decir como cosas que son yuntadas e allegadas a la dote, y, al fijar el concepto jurídico, se declara que si la mujer las da al marido, compete a éste su administración, y, por el contrario, si se las reserva para sí por sí misma, debe administrarlas; hasta tal punto que, en caso de caber duda acerca de si la voluntad de la mujer ha sido de transferir o no a su marido la administración, en sentido favorable a la misma debe resolverse. Establécese también que el derecho de recobrar la mujer los bienes parafernales se parifica en un todo al que se le concede respecto de los dotales, pues desde el momento en que entran en poder del marido, la devolución de los unos y de los otros queda garantizada con hipoteca tácita general sobre todos los bienes que el marido tenga cuando se verifique la entrega, y también con los que se adquiera después. Esto es todo lo que aparece determinado por la ley, y sobre lo que a primera vista, repetimos, parece que no se ofrece ninguna dificultad; sin embargo, es, en verdad, una de las apariencias más engañosas, porque lo cierto es que pocas, por no decir ninguna, de las materias jurídicas que se comprenden en el derecho civil encie-

rran mayores dificultades, y necesitan más detenido examen para llegar a fijar los verdaderos conceptos.

Para conseguirlo empezaremos descartando lo que no es objeto de cuestión. Todo lo que a la mujer pertenezca, sin que proceda del marido y sin que se comprenda en la dote verdaderamente constituída, debe comprenderse en la idea de bienes parafernales; todo lo que se comprenda en la idea de bienes parafernales se comprende también en una distinción. Serán parafernales propiamente dichos aquellos cuya propiedad y administración se reserve la mujer, y serán parafernales impropiamente dichos aquellos que la mujer entregue al marido para que los administre, y con sus productos, como con los bienes dotales, atienda al levantamiento de las cargas del matrimonio. Los bienes parafernales propiamente llamados son de la mujer, y en ellos le corresponde la administración, y con ello la percepción y libre disposición de los productos; los bienes parafernales, impropiamente así llamados, son también, como los dotales, propios de la mujer, pero al marido corresponde la administración, la percepción de los productos y el disponer de ellos para levantar las cargas del matrimonio. Siendo, pues, esto lo cierto, ¿en qué consiste la dificultad? Precisamente en determinar cuáles, de los bienes de la mujer, son los que deben tenerse por parafernales, propia e impropiamente llamados: dificultad que para nosotros ya no lo es, porque la tenemos resuelta, pero que no podemos menos de presentarla para combatir abiertamente las doctrinas que se oponen a la nuestra, puesto que, al ocuparnos de otros puntos que con éste están perfectamente relacionados, hemos ofrecido dar a nuestras ideas mayor explanación precisamente en este lugar.

Al explicar la sociedad conyugal en lo referente a las personas hemos expuesto las diferentes máximas que rigieron en las legislaciones romana y patria sobre la jefatura, que no puede menos de atribuirse al marido, y cómo esta misma jefatura vino a determinarse por la legislación de Toro, estableciéndose que la mujer no pudiera contratar, ni cuasicontratar, mientras existiera la sociedad conyu-

gal, sin licencia del marido, o, en su defecto, del juez. Al ocuparnos de la administración de la dote hemos dicho que por la legislación de las Partidas todos los bienes de la mujer que no se constituían en dote, o cuya posesión no se daba al marido, en tal concepto se consideraban extradotales, y, como tales, fuera de la administración del marido, pero que, conforme a la legislación de Toro, resultaba precisamente lo contrario, pues para que los bienes de la mujer se consideren extradotales es preciso que expresamente se pacte, y, a falta de pacto expreso, al marido compete la administración y el disfrute de los productos, si bien con la obligación de dedicarlos al sostenimiento de las cargas del matrimonio. Tenemos ya, por consiguiente, consignado que, conforme a la legislación de las Partidas, para determinar el concepto de si los bienes son o no parafernales, debe formularse la proposición sentando la regla general como afirmativa y admitiendo la excepción negativa. Son parafernales todos los bienes extradotales de la mujer, menos los que ella misma haya entregado al marido, y, conforme a la legislación de Toro, la regla general debe presentarse en sentido negativo, y la excepción, en afirmativo: no son bienes parafernales sino aquellos sobre los que expresamente se haya pactado que la mujer se reserve la administración y disposición de los productos. Resulta, por consiguiente, que de los bienes que entonces llamamos extradotales sólo podrán tenerse por parafernales propiamente dichos aquellos que por convención, y, por consiguiente, consintiéndolo expresamente el marido, pueda la mujer administrar y disfrutar por sí, sin sujeción a la jefatura a que, por la misma constitución del matrimonio, debe estar subordinada.

Ineficaz de todo punto resultaría esa misma jefatura si otra cosa se admitiera; los que otra cosa admiten, por lo tanto, no reparan en que destruyen por completo todas las máximas de la legislación de Toro. La verdad, lo positivo es que, en la materia en que nos estamos ocupando, la legislación alfonsina se encuentra en completa contradicción con la legislación de Toro, y hasta con la particularidad de

que aquélla parece confusa e indecisa y ésta clara y terminante, y, sobre todo, que la fuerza legal está a favor de ésta y no de aquélla; por lo que, no sólo racional, sino hasta legalmente, se incurre, adoptando la doctrina contraria a la nuestra, en el inconveniente de resolver la cuestión por leyes que nunca han tenido fuerza preceptiva sino en el caso defectivo o supletorio, y contra leyes preceptivas vigentes, claras y determinantes. Tal vez aparezca demasiadamente osada esta proposición, pero tal es nuestro convencimiento, que nos infunde el valor necesario para sentarla. Tenemos que luchar con altas autoridades que se presentan en contra: no nos arredra su fuerza, pero sí nos induce a llevar el combate a todos los terrenos, que en el palenque de la Ciencia, abierto para todos, mientras existan las armas de la razón, nunca debe cederse a la de mera autoridad.

La ley 5.ª, título 2.°, Partida 3.ª, dice así: «Marido e muger son una compaña que ayuntó nuestro Señor Dios, entre quien deve siempre ser verdadero amor e gran avenencia. E por ende tovieron por bien los sabios antiguos que los maridos vsen de los bienes de sus mugeres, e se acorriessen dellos quando les fuesse menester. E otrosi, que gobernassen ellos a ellas, e que les diessen aquello que les convenia, segund la riqueza e el poderio que oviessen.» En esta determinación legal tenemos, por decirlo así, la base fundamental de la materia: el marido puede usar de los bienes de la mujer, correspondiendo a este derecho la obligación de alimentarla y de darle todo aquello que fuere conveniente, según la ríqueza y facultades en que la sociedad se encuentre constituída. Esto es lo que se determina por la ley, sin ninguna distinción, con referencia a todos los bienes de la mujer y sin hacer diferencia de si son dotales, extradotales o parafernales.

Al examinar la ley 7.ª, título 11, Partida 4.ª, hemos visto que el marido debe poner en posesión a la mujer de todo lo que él le da, y del mismo modo la mujer al marido, porque, a pesar de esto, el marido es quien tiene el derecho de administrar uno y otro, de percibir los frutos, si bien con

la obligación de destinarlos al sostenimiento de la sociedad conyugal; de modo que, aunque ya sólo la ley se refiere a lo que los cónyuges, recíprocramente, se donan y entregan, se ve conservado siempre el supuesto de que la administración y disfrute corresponde al marido, puesto que se le concede aun en aquello mismo que él transfiere, y de lo que da la posesión a su mujer. No debe dejarse de tomar en cuenta, sin embargo, que en la razón por la cual la ley concede al marido la facultad de administrar los bienes de la mujer por transferencia que él le haga no se comprende la de que la misma facultad se extienda a la administración de aquellos que, perteneciendo a la mujer, sin que el marido los haya transferido, deban considerarse extradotales. Todo lo que el marido da a la mujer por causa del matrimonio debe considerarse destinado al sostenimiento de la sociedad conyugal, del mismo modo que lo que la mujer da al marido; y como éste sea el que ha de dirigir los intereses sociales, por paridad de razón a él debe pertenecer el régimen y administración de todo aquello que resulta destinado al mismo objeto, pero los bienes extradotales, aquellos que, ni por la voluntad del marido, ni por la voluntad de la mujer, han sido destinados al sostenimiento de la sociedad conyugal, por la misma razón parece que deben quedar fuera del régimen y dirección del marido. Y he aquí patente la contradicción, no sólo en el derecho, sino en la equidad. Según la ley 5.ª, título 2.°, Partida 3.ª, todos los bienes de la mujer deben ser administrados por el marido; según la 7.ª, título 11, de la misma Partida, sólo puede administrar el marido los que él da a la mujer y la mujer a él: he aquí la contradicción en el derecho. Patente está también en la equidad. Todos los productos de los bienes del marido deben dedicarse, en cuanto sean necesarios, al sostenimiento de las cargas del matrimonio. De lo sobrante, y según la doctrina de gananciales, es partícipe la mujer; monstruoso hasta el absurdo sería reconocer que, siendo esto de imprescindible obligación del marido, sin su consentimiento pudiera la mujer disfrutar bienes libres y exentos de las mismas idénticas obligaciones.

Es cierto que por la ley 25, título 11, Partida 4.ª, claramente se determina que, para que al marido corresponda la administración y disfrute de los bienes de la mujer, es preciso que se hayan constituído en dote y en tal concepto entregado. Al examinar esta ley hemos sentado la proposición que ahora estamos confirmando, y en su inteligencia y aplicación consiste la verdadera dificultad, que viene a refundirse en la 17 del mismo título, copiada al principio de este capítulo. Si sólo en los bienes constituídos en dote y en tal concepto entregados al marido corresponde a éste la administración y el disfrute de los productos, con la obligación de levantar las cargas del matrimonio, la consecuencia precisa será que se nieguen esos derechos al marido en aquellos bienes propios de la mujer que no hayan sido constituídos en dote, ni como tales se le hayan entregado, y esto es precisamente lo que por la última ley citada se establece. Resulta, por lo tanto, que las leyes 17 y 25 del título 11, Partida 4.ª, están en perfecta concordancia, que ya aparece en algún tanto contradictoria con la 7.ª del mismo título, pero que la contradicción es completamente manifiesta con la 5.ª, título 2.º, Partida 3.ª

Véase demostrado lo que dejamos dicho: la jurisprudencia sobre parafernales que puede deducirse de la legislación alfonsina está confusa, resulta contradictoria, y es preciso inquirir las causas que produjeron este patente vicio. En nuestro concepto, no son otras que las de haber querido los autores de las Partidas seguir demasiado estrictamente el derecho romano, supeditando a él nuestro verdadero derecho patrio, tal vez porque el Código alfonsino se hiciera con intención de que rigiera en territorios más extensos que la monarquía castellana. En el Código romano se encuentra la ley 8.ª, título 14 del libro 5.º, que dice: «Decretamos por esta ley que el varón, en aquellas cosas que la mujer tiene fuera de la dote, y que en griego se llaman paraferna, no tenga ninguna comunicación, si ella lo prohibe, a no ser que alguna necesidad lo exija. Porque aunque parece justo que la mujer, puesto que ella misma al marido se entrega, consienta que sus cosas por igual

arbitrio sean gobernadas, sin embargo, como los que forman las leyes conviene que consideren la equidad, de ningún modo queremos, como queda dicho, que, prohibiéndolo la mujer, el marido se mezcle en los parafernales.» Este, a no poderlo dudar, es el origen de la ley 17, que estaría muy conforme con la legislación de Justiniano, aunque no dejaría de aparecer en cierta contradicción con los principios fundamentales en ella misma reconocidos, pues por la ley del Código se ve que lo que en ella se establece se decreta por equidad contra lo justo, contra lo bueno, y en este mismo idéntico escollo dió la legislación de D. Alfonso, en la que parece que se quisieron copiar hasta los defectos de la que se tomaba por modelo.

A corregir este de que nos estamos ocupando, como otros varios, vino la legislación de Toro, habiendo hecha necesaria la enmienda los inconvenientes que producían las contradicciones que resultaban entre la legislación verdaderamente española y la que puede calificarse de copia de la romana. Ya hemos dicho que en la legislación puramente goda, que en el Fuero Juzgo, no se encuentran disposiciones que directamente fijen y determinen la jefatura del marido, y ya hemos expuesto la razón que aquellos legisladores tuvieron para ello. Pero no tardó mucho, desde que empezó la Reconquista, a consignarse en la legislación esa necesaria indispensable jefatura que, perfeccionándose de día en día, llegó a determinarse por completo en las tantas veces citadas leyes de Toro. En el capítulo 7.°, título 1.°, libro 5.° del Fuero Viejo, que está tomado del Ordenamiento de fijosdalgo, se reconoce como ya establecida la facultad del marido para vender los bienes de su mujer; lo mismo se ve consignado en el 8.°, que tiene la misma procedencia. En el 9.°, también tomado del mismo Ordenamiento, se prohibe a la mujer comprar eredamiento nin fazer fiadura sin otorgamiento de su marido; y en el 12, tomado de los Fueros de Burgos, se dice: «Si la muger que a marido face debda, ó mete fiadores á otro ome por qualquier debda que sea, el marido non lo otorgando, non pagará la debda, nin quitará la debda nin fiaduria que oviese

la muger fecho, á menos de lo otorgar suo marido, de cinco sueldos en arriba, fueras si fuer la muger panadera, o muger de bohon: á estos omes tales, que las mugeres compran ó venden, e place á suos maridos de la compra que facen, e en que ganan, deven ellos pagar los que ellas mallievan. La debda que ficieren otras mugeres, á menos de lo mandar, ó de lo otorgar suo marido, non las deven quitar suos maridos de mas de cinco sueldos, e puedenlas emparar suos maridos mientras que fueren vivos, e non pagar ellos nin ellas nada de cinco sueldos en arriba; e despues que los maridos fueren muertos, deven dar ellas lo que mallievaron, ó quitar las fiadurias que en fechas: e si ellas fueren muertas, los que eredaren lo suo, seyendo probadas las debdas, como es derecho, devenlas pagar, pues que lo suo eredan.»

Refundiendo todas estas prescripciones legales nos resultará clara y patente la doctrina de que la mujer, sin licencia de su marido, no podía contraer obligación, que afectara a los intereses de la sociedad conyugal, a no ser de muy pequeña monta, o a no ejercer por sí misma determinadas industrias, puesto que su acreedor debía esperar a que la sociedad se disolviera para reclamar el pago de su crédito de la misma deudora o sus herederos. Y, por el contrario, que el marido, durante la sociedad conyugal, podía enajenar los bienes de la mujer, sin que ésta tuviera medio de impedirlo, si bien, después de disuelta, pudiera reclamar sus cosas. No distinguen estas leyes la calidad o condición de los bienes de la mujer a que se refieren, pero la falta de distinción se funda en una razón muy sencilla y muy terminante en favor de la doctrina que venimos sustentando. En la época en que se dictaron no se reconocían bienes dotales en el concepto que hoy los reconocemos: no existían las dotes dadas, por parte de la mujer, al marido; nunca los bienes de la mujer se constituían en lo que hoy llamamos dote: resulta, por consiguiente, que siendo lo cierto que entonces, por parte de la mujer, no podían constituirse bienes dotales, a los que a ella pertenecieran era indispensable reconocerles la condición que hoy llamaríamos extra-

dotal. Siendo lo cierto que los en esa condición reconocidos se concedía al marido la facultad de venderlos, y que, con referencia a todos, sin distinción, se prohibía a la mujer la facultad de contraer obligaciones sin licencia del marido, no puede resultar más claro y terminante que lo que resulta es el poderío del marido sobre todos los bienes de la mujer, y su verdadera jefatura.

Esta es, clara y terminantemente, nuestra legislación patria; a oscurecerla vino la confusa legislación alfonsina, y a rehacer la luz la de Toro. No necesitamos copiar sus disposiciones, porque ya lo hemos hecho en los capítulos precedentes, y, refiriéndonos a ellas, expondremos nuestras consideraciones. La mujer casada nada puede hacer sin licencia de su marido, si bien éste puede ratificar lo hecho: no puede contraer, ni cuasicontraer; no puede, por ninguno de sus actos, obligar, bajo ningún concepto, sus bienes, ni distraer sus productos del objeto a que están destinados, cual es el sostenimiento de la sociedad conyugal: está sometida a la dirección, al poderío del marido, y siendo esto lo cierto, no es posible admitir ni concebir que retenga bienes exentos de esta condición general. Cualquier acto, aun los de mera administración, que acerca de ellos quisiera realizar, sería nulo, si para él no se autorizaba con la licencia marital; de nada le serviría adquirir, ni aun los productos de sus mismos bienes, si no podía enajenarlos, o si sólo le era permitido mediante el consentimiento de su marido. En la idea de administración, necesariamente se comprende la inversión de las expensas precisas de los gastos reproductivos; no podría, por consiguiente, administrar sin que en los actos más insignificantes tenga necesidad de que intervenga su mismo marido autorizándola al efecto. Todo esto aparece, y todavía en más lata esfera, con referencia a la enajenación de los mismos bienes; en lo concerniente al capital, sin licencia del marido, mucho menos puede hacer a lo que esto se refiera. No se quiera oponer el que, para salvarse de la necesidad de la licencia del marido, puede acudir a que la supla el juez, porque con esto se daría en lo ridículo. El juez, para suplir el disenso mari-

tal, tiene que proceder con conocimiento de causa, y adónde iría a pararse si, por ejemplo, para vender los frutos recolectados, hubiera que instruir un expediente justificativo de la utilidad que reportaba la mujer. Imposible es, por consiguiente, reconociendo la jefatura del marido, según se encuentra determinado en las leyes de Toro, admitir que la mujer pueda ejercer en sus propios bienes los derechos de administración y disfrute de los productos sin licencia, y mucho menos contra la voluntad del mismo marido.

Sin embargo, nada menos que la autoridad del Supremo Tribunal de Justicia, en repetidas decisiones. aparece contra esta doctrina. En la sentencia de 25 de julio de 1857 se considera que la cuestión principal versa sobre si los bienes que la mujer heredó por fallecimiento de sus padres deben estimarse como parafernales, según la ley, o si pertenecen a la clase de dotales, con arreglo a las capitulaciones matrimoniales. Y reconociéndose que ni por las indicadas capitulaciones, ni por ningún otro acto de la mujer, se ha manifestado siquiera su intención de dárselos y sí expresado constantemente su deseo de conservar la administración, se decide que, con arreglo a la ley 17, título 11, Partida 4.ª, aun suponiendo que existiera duda sobre cuál había sido la voluntad de la mujer, puede, a su voluntad conservar o dar la administración a su marido. En la de 4 de marzo de 1858 se considera que la cuestión está reducida a si debe corresponder a la mujer la administración de los bienes que heredó de su padres o de sus parientes con posterioridad a la celebración de su matrimonio. Y, acudiendo a la misma ley 17, se decide también en favor de la mujer. Tenemos, pues, que por estas dos sentencias, y aun por otra, de que después nos haremos cargo, con toda claridad, sin que pueda caber la menor duda, se resuelve la cuestión en sentido de que la mujer puede reservar la administración de sus bienes que no haya constituído en dote y que no haya entregado como dotales a su marido, fundándose el fallo en la citada ley 17, título 11, Partida 4.ª

Cierto, ciertísimo, es que, teniéndose por vigente la ley a que las sentencias se refieren, es absolutamente necesa-

rio reconocer su justicia, por su completa conformidad con ella, así como también con la 25 del mismo título y Partida, por la que se declara que es necesario, y conviene, por fuerza, para que al marido competa la administración y disfrute de los bienes de la mujer, que en concepto de dotales le hayan sido entregados. Podríase suponerla en contradicción con la ley 7.ª del mismo título, y con mucha más razón con la 5.ª, título 2.º, Partida 3.ª, pero, prescindiendo de esto y admitiendo que están en perfecta concordancia con toda la legislación de las Partidas, no es menos cierto que resultan perfectamente contradictorias a las leyes recopiladas en el Fuero Viejo y a todas las máximas legales establecidas por las leyes de Toro, porque o hay que reconocer esto, sin que pueda oponérsele ninguna objeción, o hay que admitir que a la mujer a quien se concede la administración de esos bienes le está prohibida, al mismo tiempo, la percepción de sus productos, y hasta hacer en ellos las expensas necesarias y gastos reproductivos. Por la ley 55 de Toro le está prohibido desistir de ningún contrato que a ella toque, ni dar por quito a nadie dél. Supongamos, por lo tanto, que la cosa a que el negocio se refiera sea una casa: no podrá arrendarla, porque la misma ley le prohibe hacer contratos; no podrá cobrar el precio del inquilinato, porque la cobranza produciría un quitamiento de la obligación del inquilino, y también esto le está prohibido, y nótese que la prohibición se entiende a los contratos que a ella toquen; no podría tampoco presentarse en juicio para reclamar el cumplimiento del mismo inquilinato; no podría hacer en la finca reparo alguno, porque es imposible realizar la idea sin verificar al efecto alguna convención. Para todo esto, y para todo lo demás que se quiera suponer, necesitaría la autorización de su marido: ¿a qué, pues, queda reducida la administración, si nada de lo indicado puede comprenderse en ella? ¿Y qué objeto pudieron tener las leyes de Toro si no se les atribuye el de constituir la verdad de la jefatura del marido, con lo cual es incompatible el supuesto de que la mujer pueda, durante el matrimonio, administrar sus propios bienes sin

el consentimiento del jefe y director de la sociedad conyugal?

El dilema, por consiguiente, resulta perfecto: o lo que por las dos sentencias se concede a la mujer se reduce a una mera ilusión, a un concepto puro, irrealizable por inaplicable, o está en completa contradicción con las leyes recopiladas en el Fuero Viejo y con las de Toro, cuyo objeto fué la explicación, la rehabilitación, la confirmación de las doctrinas ya en aquéllas reconocidas, dándoles fuerza y vigor para que quedaran definitivamente vigentes. El primero de los dos extremos no puede menos de ser rechazado por contradictorio, por absurdo, pues ¿a qué conduce conceder facultades ilusorias e irrealizables? Hay que aceptar, por lo tanto, el segundo, y con él que lo determinado por las dos sentencias, si bien está en perfecta armonía con las leyes de las Partidas, se encuentra en perfecta contradicción con la legislación de Toro, novísimamente recopilada, y que bajo todos conceptos es la vigente. Este es el extremo a que forzosamente conduce la doctrina de que la mujer, sin consentimiento de su marido, durante la sociedad conyugal, pueda administrar sus propios bienes. Por el contrario, admitiendo la doctrina opuesta, desaparece toda confusión, toda contradicción, se armonizan todos los supuestos; porque es lo constantemente cierto que, reconocido un verdadero principio, siempre y todas sus consecuencias son armónicas, y, en buena lógica, fáciles, exactas y verdaderas. Esto es lo que vamos a demostrar.

Todos los bienes que a la mujer pertenezcan, sin que procedan del marido, porque éstos tienen sus denominaciones especiales, se comprenden en la distinción de dotales y extradotales. De los dotales nada tenemos que decir: ya hemos explicado cuáles son, cómo se constituyen, a quién pertenecen, en qué sentido y cuáles son las atribuciones que sobre ellos competen al marido. Los extradotales se dividen en parafernales propia y parafernales impropiamente llamados. Tenemos ya consignada nuestra opinión de que sólo con consentimiento del marido puede

la mujer administrar y disfrutar sus bienes. Parafernales propiamente dichos son los bienes que la mujer disfruta y administra sin intervención del marido: resulta, por consiguiente, que los bienes extradotales de la mujer, cuya administración y disfrute no puede ejercer, porque en ello no ha consentido el marido, son los parafernales, impropiamente dichos, en los cuales al marido corresponde la administración y el disfrute, para atender, con su producto, a levantar las cargas de la sociedad conyugal, y que en todo, por todo y para todo se parifican a los verdaderamente dotales. Esta es la explanación de la proposición que venimos sosteniendo, y que, en nuestra opinión, resulta completamente probada con las consideraciones y argumentos que dejamos expuestos; cúmplenos, por consiguiente, ahora examinar la extensión de cada uno de los miembros que en la misma proposición se comprenden, o, si se quiere, desarrollar nuestra doctrina para llevarla hasta sus últimas consecuencias.

Sólo por la voluntad del marido puede la mujer administrar y disfrutar sus bienes, pero esta voluntad puede referirse a tiempo anterior o posterior a la celebración del matrimonio; y es tan esencial esta distinción, como que de ella emana la diferencia que en la extensión del derecho corresponde a la mujer. Si antes del matrimonio, los futuros cónyuges, considerando el vínculo que van a contraer y sus naturales consecuencias, convienen, contratan o pactan que la mujer ha de disfrutar y administrar algunos bienes sin la intervención del marido, la convención será completamente eficaz, como verificada por personas entre las cuales ninguna razón impediente existe para obligarse recíprocamente; sólo, por consiguiente, podrá destruirse la fuerza obligatoria por el mutuo disenso, y así se llama jurídicamente la concurrencia de un nuevo mutuo consentimiento en que el anterior se rescinda o quede sin efecto. No podrá, por lo tanto, el varón, ni aun después de ser marido, ni aun después de celebrado el matrimonio, contrariar la condición con que la mujer ha entrado en la sociedad conyugal; no podrá menos de reconocer la limita-

ción que se ha impuesto respecto de su jefatura, y en la que ha consentido cuando contrataba con persona absolutamente libre para adquirir por convención lo mismo derechos que obligaciones. Aunque parece excusado, no creemos esté demás consignar que todo lo que decimos con referencia a la mujer, y como si la mujer fuera la persona contratante, se extiende y tiene igual aplicación al supuesto de que no ella, sino otro por ella, sea el que verifique el contrato.

Mas si, bajo el supuesto de que la convención se haya verificado antes del matrimonio, sus resultados y efectos son, sin ningún género de duda, los enunciados, tenemos que examinar cuáles serán los que deban admitirse en el caso de que la convención, el consentimiento del marido, se otorgue después de celebrado y constante el matrimonio. La contestación a esta pregunta dentro de nuestra doctrina es tan fácil como terminante; sin embargo, para presentarla completamente justificada, es preciso sentar previamente algunos principios ya reconocidos. Los cónyuges, entre sí, no pueden contratar, y hasta les está prohibido el hacerse donaciones, si bien, acerca de este último extremo, lo que resulta es que las que se hagan son válidas mientras no son revocadas; de modo que si el donante muere sin haberlas revocado, se tienen por eficaces, como en su oportuno lugar demostraremos. Ya también tenemos dicho que la mujer, con licencia de su marido, puede hacer todo lo que en la licencia se comprenda; la solución al punto que estamos examinando, concordándola con toda esta doctrina, no puede ser, según hemos dicho, más fácil ni terminante: siempre que el marido, durante el matrimonio, consienta en que la mujer, por sí y para sí, disfrute y administre cualquiera clase de bienes, podrá disfrutarlos y administrarlos, pero sujeta a la condición de revocabilidad, y sólo mientras esa misma condición no se resuelva en sentido negativo. El marido podrá revocar la licencia, por más solemnemente que se haya pactado, porque siendo, jurídicamente, imposible reconocer fuerza obligatoria a los contratos celebrados entre cónyuges, no hay

solemnidades suficientes a convalecer, a dar validez a lo imposible. Y siendo esto lo cierto, de ello mismo se desprende otra consecuencia que viene a completar el concepto. Hemos visto que si el contrato de parafernales se otorga antes del matrimonio, y, por lo tanto, cuando las partes contratantes pueden pactar derechos y obligaciones recíprocas, sólo por el mutuo consentimiento puede destruirse la obligación. Hemos visto también que este mutuo consentimiento para el concepto de obligar no puede ser eficaz durante el matrimonio: la consecuencia precisa es que, aunque la mujer consienta en que pasen a la administración de su marido los bienes que al contraer el matrimonio estaba pactado que fueran parafernales, como que este contrato es ineficaz, podrá siempre reclamar con eficacia que vuelvan a su poder, disfrute y administración; de modo que así como para que el pacto de parafernales sea válido y eficaz a surtir todos sus resultados, es preciso que se verifique antes del matrimonio, del mismo modo es preciso que también el mutuo disenso, por el cual se ha de destruir, se verifique antes de que el matrimonio sea contraído.

Ningún inconveniente se opone para la validez del pacto, siempre que sea anterior al matrimonio, aunque se refiera a supuestos que hayan de tener lugar después. Es lícito, por consiguiente, pactar, antes del matrimonio, que los bienes que la mujer adquiera con posterioridad tengan la condición de parafernales propiamente dichos y sean, por lo tanto, administrados y disfrutados por ella misma, sin intervención de su marido, pero si tal pacto no existe, como ya, durante el matrimonio, no puede otorgarse sino en el expresado concepto de revocable, los bienes por la mujer adquiridos serán extradotales, pero serán parafernales impropiamente dichos, y su administración y disfrute, con obligación de dedicar sus productos al sostenimiento de las cargas de la sociedad conyugal, corresponderá al marido.

Estas máximas, estos principios generales, no deben tomarse, sin embargo, tan en absoluto que no admitan al-

guna modificación en los conceptos. Pueden existir bienes, y es lo común que existan, pertenecientes a la mujer, y en los cuales, aun sin pacto expreso, ni anterior ni posterior a la celebración del matrimonio, deba tener, y efectivamente tenga, con plena potestad, el disfrute y, si se quiere, la administración. Éstos son aquellos destinados a su uso particular: sus trajes, sus adornos, sus galas y preseas, si bien, aun respecto de todo esto, no dejan de hallarse disposiciones legales en las que se distingue lo que se denomina precioso, que tan difícil es de determinar. Exagerado sería suponer que la sumisión de la mujer llegara a tal extremo que no pudiera obligarse para contratar respecto de la compra de un vestido o de un dije, correspondiente a su posición social, a lo que generalmente practican las de su clase o categoría. Contra esa exageración, que entraría en la esfera del proverbio jurídico *summum ius*, suma injuria, no puede menos de admitirse la equitativa presunción de que, para todas esas cosas, la mujer se encuentra autorizada por su marido, y de que, a falta de pacto o permiso expresamente concedido, es suficiente el presunto, por no dar en el que sería mayor inconveniente: el de tener que reconocer que la mujer contrataba de mala fe, ya ocultando su estado, ya fingiendo, sin ser cierta, la licencia del marido, incurriendo de este modo hasta en posible imputación de un hecho criminal. Mas esto, como por su misma consideración se comprende, no puede menos de encomendarse a la prudencia y al mismo criterio de equidad, fundado en las especiales circunstancias de cada caso particular, pues desde luego resalta que el contrato referente a una misma cantidad, que la adquisición de unos mismos objetos, deberá tenerse por abusiva respecto de una mujer, y por muy lícita y natural respecto de otra, según sean los medios de subsistencia o estado de fortuna de cada una de ellas, a cuya distinción es imposible que llegue la disposición legal de un modo fijo y determinado. Ya hemos visto, sin embargo, cómo se determina, y en qué cantidad se fija por el capítulo 12, título 1.º, libro 5.º del Fuero Viejo, mas respecto de la cantidad creemos imposible que se admita

como regla de general aplicación, si bien respeeto a lo de que la mujer, o sus herederos, después de disuelta la sociedad conyugal, deban satisfacer con sus bienes las deudas contraídas sin consentimiento del marido, lo encontramos muy conforme a la equidad, a la sana moral, y en nada contrariado por las posteriores disposiciones legales, ni por ninguno de los principios reconocidos.

Intimamente relacionado con este punto se encuentra lo que Ulpiano explica acerca de las cosas de especial uso de la mujer. Dice así claramente (ley 9.ª, título 3.º, libro 23, Dig.): «Si en el inventario de las cosas que la mujer da al marido, como suele hacerse en Roma, se comprenden las de su propio uso que la mujer tiene en casa del marido, haciendo que éste firme el inventario como si las recibiese, pero sólo con el fin de que conste que han sido introducidas en la casa, veamos si se hacen o no del marido.» Y juzgo que no, no precisamente porque no le hayan sido entregadas, pues ninguna diferencia puede encontrarse entre entregárselas y llevarlas a su casa con su voluntad, sino porque no creo que de este acto pueda deducirse la voluntad de que pasen a ser del marido, y sí más bien la de poder justificar que han sido introducidas en la casa, por si esto se niega a la separación de la sociedad conyugal, y porque generalmente el marido toma a su cargo la custodia de esas mismas cosas, si expresamente no se encomienda a la mujer. Examinemos, pues, si la mujer puede reclamarlas por la acción de las cosas separadas *(Rerum annotarum)*, o la de depósito, o la de mandato: «Si la guarda o custodia se ha encomendado al marido, puede ejercitar la de depósito o mandato; si no, la de las cosas separadas, cuando el marido intenta retenerlas para sí, es decir, cuando las cosas son conocidas y se manifiestan, pero el marido sostiene que le pertenecen; y si las cosas no aparecen, y por esta causa el marido trata de excusar su devolución, la mujer podrá usar la acción para que se presenten *(ad exhibendum)*.» Todo esto, como se ve, se reduce a la determinación del supuesto de si las cosas han de seguir la condición de las dotales o de las verdaderamente

parafernales, partiendo, para decidirlo, del hecho de si se ha verificado la entrega en uno o en otro concepto, y resolviendo la duda en el sentido que aparece más conforme a lo que debe suponerse ser la voluntad de los contratantes. Bajo el mismo concepto, y con la misma idea de decidir los casos dudosos, por falta de expresarse con la necesaria claridad la verdadera voluntad de los contratantes, decidió Justiniano (ley 11, título 14, libro 5.º Cód.) que si la mujer diese a su marido créditos (es decir, los documentos justificativos) que estén fuera de la dote, para que en su poder permanezcan como parafernales, haciéndose constar así en el instrumento dotal, es preciso investigar qué acciones, ya directas, ya útiles, corresponden y pueden ejercitar cada uno de los cónyuges, y se decreta que las acciones permanezcan siendo de la mujer, pero que el marido pueda ejercitarlas ante los jueces competentes, sin necesidad de ninguna nueva autorización especial. Las usuras, productos o intereses podrá el marido emplearlas en su propio beneficio y en el de la mujer, pero el capital que perciba en pago del crédito deberá conservarlo para la misma mujer o invertirlo en lo que ella determine. Si en el instrumento dotal se ha establecido hipoteca expresa sobre los bienes del marido en favor de estos créditos, la mujer debe considerarse suficientemente garantida, pero si nada en el instrumento dotal se ha consignado, a la mujer se le concede hipoteca legal en favor de la devolución de los capitales que el marido haya cobrado sobre los bienes del mismo. La mujer, antes de entregar al marido los documentos justificativos de sus créditos, puede ejercitar las acciones por medio de su mismo marido o de cualquiera otra persona; puede también, después de haber entregado los documentos al marido, recobrarlos, dándole el oportuno resguardo. Pero mientras los documentos existan en poder del marido, él es el responsable de los perjuicios que por su dolo o culpa se causen, debiéndolos guardar con la misma diligencia que ponga en sus propias cosas, para que ni por su malicia ni por su desidia sea la mujer perjudicada, lo cual, si llega a suceder, debe ser

obligado el marido al resarcimiento con sus propias cosas. Nótase que, en este último caso, la ley no concede hipoteca a la mujer sobre los bienes del marido, y sí sólo la obligación personal, que, sin embargo, deberá considerarse preferente, por proceder de un hecho ilícito: doctrina que en su lugar oportuno explanaremos y confirmaremos.

Estas consideraciones nos conducen naturalmente a la necesidad de examinar las garantías que las leyes conceden a la mujer para asegurar la devolución de los bienes extradotales, a cuyo efecto conviene que acudamos a recordar la misma ley de Partida, con la que hemos empezado este capítulo, pues encontrándose en ella la doctrina de la legislación de D. Alfonso, su conocimiento nos facilitará la exposición de las modificaciones a que debe sujetarse conforme a la opinión por nosotros sustentada. Establécese por esta ley que los parafernales tienen, para la seguridad de su devolución, el mismo privilegio, la misma garantía de hipoteca, en todos los bienes del marido, que los dotales, pero concretando esta declaración a los parafernales impropiamente dichos, a los extradotales que la mujer entrega al marido, «ca luego (dice la ley) que el marido rescibe la dote, o las otras cosas que son llamadas paraferna, son obligados, por ende, a la mujer todos sus bienes; tambien los que ha estonce como los que habrá despues». Patente aparece el supuesto de la necesidad de la entrega, del mismo modo que para que al marido competa la administración y disfrute, con obligación de destinar los productos al levantamiento de las cargas de la sociedad conyugal, para que sobre los bienes a favor de la mujer se reconozca la hipoteca general tácita legal. Obsérvase, por consiguiente, en este punto una perfecta concordancia entre todas las máximas reconocidas y establecidas por el Código alfonsino. Al buscar su aplicación conforme a nuestra doctrina, naturalmente resalta la modificación que resulta necesaria en la consecuencia por la diferencia en la premisa. Para que los bienes de la mujer entren en la administración y disfrute del marido, no es necesario, ni el otorgamiento de un con-

trato o pacto, ni mucho menos la entrega material: basta que sean de la mujer para que por el solo hecho, y conforme a derecho, mientras no se pacte lo contrario, corresponda al marido la administración de los bienes extradotales y el percibo de sus productos, para dedicarlos al levantamiento de las cargas del matrimonio; en una palabra, para que se constituyan en la misma condición de los dotales. Si, pues, en un todo se parifican las mismas garantías que a la mujer se conceden respecto de los unos, débensele reconocer respecto de los otros, admitiéndose la única verdadera distinción fundamental, que consiste en si los bienes son o no verdaderamente parafernales: la devolución de los que lo sean, ni está, ni puede estarlo, n hay para que lo esté, asegurada con ninguna hipoteca sobre los del marido. La hipoteca es un derecho accesorio; por decirlo así, adjetivo, referente siempre a una obligación: en los bienes propiamente llamados parafernales que la mujer retiene para sí y por sí administra y disfruta, ningún derecho tiene el marido, ni tampoco obligación alguna respecto de ellos: si, pues, no existe obligación principal y sustantiva, imposible es reconocer ni aun la posibilidad de que exista la que necesariamente tiene que ser accesoria o adjetiva; solamente, pues, podrá reconocerse la hipoteca respecto de los bienes extradotales, parafernales impropiamente llamados, si bien, para garantizar su devolución y conforme a lo que dejamos sentado, parificándola en un todo a la que se reconoce respecto de los dotales.

Ya dejamos indicado que, además de las dos sentencias del Supremo Tribunal, de que nos hemos hecho cargo, teníamos que ocuparnos en otra, y es la de 23 de octubre de 1857. Redúcese el caso a que el marido y la mujer, mancomunadamente, habían vendido unas casas propias de ella, adquiridas por herencia, y en la sentencia, como principal cuestión, se considera si por haber entrado en poder del marido el precio, deben responder sus bienes, como legalmente hipotecados, a la devolución de la cantidad. La resolución es en sentido afirmativo, y fundada en la citada ley 17, y, conforme a ella misma, en haber entrado el precio

en poder del marido. El fallo, indudablemeate, es justo; sin embargo, es preciso notar que, según de los considerandos se desprende, la razón determinativa que induce al Tribunal, y que ya dejamos indicada, es la de que, por voluntad o consentimiento de la mujer, el precio paso a manos del marido; y conforme a nuestra doctrina y a las leyes recopiladas, sin necesidad de que la mujer consintiera, y aunque a ello se opusiera, debía el marido percibir la cantidad y responder de su devolución, quedando hipotecados legalmente sus bienes al cumplimiento de esta obligación. Considérase también en la sentencia, como de doctrina legal y jurisprudencia constantemente observada, que los bienes extradotales deben extraerse con preferencia de los gananciales que haya en la sociedad conyugal, y que sólo en falta de éstos debe hacerse efectiva la responsabilidad hipotecaria en el patrimonio del marido. Esto es inconcuso, y puede tenerse por axiomático, pues contradictorio resulta que a la vez haya pérdidas y ganancias con referencia a un mismo objeto, hasta el punto de incurrirse en el principio de contradicción: imposible es que una cosa sea y deje de ser al mismo tiempo. Así es que si bien en el considerando sólo se refiere la idea a los bienes extradotales, porque el caso concreto a ellos se refería, indudablemente, el supuesto es extensivo del mismo modo a los dotales. En lo sucesivo, y merced a las variaciones introducidas en el sistema hipotecario, éstas, como otras muchas cuestiones, dejarán de serló, por encontrarse, para su resolución, supuestos y preceptos más claros y terminantes. Hemos expuesto nuestra opinión con la decisión que produce el íntimo convencimiento; no por eso dejamos de conocer lo mucho que a favor de la contraria debe inclinar el constante modo de pensar del primer Tribunal de la nación, cuyos fallos para algunos tienen fuerza de reglas generales de jurisprudencia. Para los que tal doctrina admitan, indudablemente, la cuestión se encuentra decidida, si no por el criterio de razón, por el de autoridad; de modo que de aquí surge otra dificultad, pero que para nosotros tampoco lo es, porque ya en el primer título de nuestra obra, por ser

aquel su lugar oportuno, terminantemente negamos el supuesto, sosteniendo, y, a nuestro modo de ver, justificando, que en manera alguna se debe ni se puede conceder a las sentencias del Supremo la indicada fuerza legal. No pretendemos, sin embargo, imponer nuestra doctrina, porque, careciendo de la autoridad necesaria al efecto, incurriría en el ridículo: cada uno, dentro del terreno científico, puede optar por la que crea más jurídica; por lo que, y respetando todo lo respetable, concluimos con el poeta: *Veniam petimusque damusque vicissem.*

SECCIÓN TERCERA

DE LAS ARRAS

Diferentes acepciones de la palabra arras, según las Partidas. — Examen de la acepción segunda. — Efectos jurídicos de la conversión, cuando en ella se modifican los conceptos de la ley. — Acepción tercera. — Otra acepción. — Las arras españolas fueron lo que las donaciones *propter nuptias* romanas.—Qué llamaron arras los godos.—Modo de constituirse las arras según el Fuero Juzgo.—Cuándo pueden constituirse las arras. — Quiénes pueden demandar las arras. — La propiedad de las arras pertenece a la mujer, y su administración al marido.— Cantidad que puede darse en arras.—Facultad de disponer la mujer de la cuarta parte de las arras.—Casos en que los padres o parientes pueden demandar las arras.— Promesa de arras para después del matrimonio.—Tiempo a que debe de referirse el cómputo de los bienes del marido.—Renuncia de la tasa de las arras.—El beso entre los Godos y su relación con las arras. — Causas por las cuales pierde la mujer las arras.

En el principio del capítulo dedicado a las dotes indicamos, en cuanto allá tuvimos por necesario, el significado que en la jurisprudencia verdaderamente española tiene esta palabra; pero como nuestro objeto era únicamente distinguir la diferencia de los sistemas dotales romano y gótico, tan sólo nos ocupamos de la determinación en este concepto; por lo que ahora nos es preciso, ya no con referencia a la dote, sino por lo que en la misma palabra arras se comprende, manifestar sus diferentes acepciones, pues no de otro modo podrá evitarse la confusión y todos sus graves inconvenientes.

Diçe la ley 1.ª, título 11, Partida 4.ª: «E lo que el varon da á la muger por razon de casamiento es llamado en latin *donatio propter nuptias*, que quier tanto dezir como donacion que dá el varon á la muger, por razon que casa con ella; e tal donacion como esta dizen en España, propriamente, arras. Mas segun las leyes de los Sabios antiguos, esta palabra de arras ha otro entendimiento, porque quier tanto dezir como peño que es dado entre algunos por que se cumpla el matrimonio que prometieron de fazer. E si por aventura el matrimonio non se cumpliesse, que fincase en salvo el peño á aquel que guardasse el prometimiento que avia fecho, e que lo perdiesse el otro, que non guardasse lo que avia prometido. Ca como quier que pena fuesse puesta sobre pleyto de matrimonio, non deve valer. E estos peños se osaron á dar antiguamente en los casamientos que son por fazer. Mas las dotes e las donaciones que faze el marido á la muger, e la muger al marido, assi como de suso diximos, se pueden fazer ante que el matrimonio sea acabado, e despues. E deven ser fechas egualmente; fueras ende, si fuesse costumbre vsada de luengo tiempo en algunos lugares de las fazer de otra manera. E si por aventura, despues que el matrimonio fue acabado, el marido quisiere crescer la donacion á la muger, o la muger la dote al marido, puedenlo fazer egualmente, así como sobre dicho es.» Y dice la ley 2.ª: Otrosi dezimos que la donacion, ó de arras, que son dos maneras. La una es lo que dá el marido á la muger por razon de la dote que recibió della, assi como de suso díximos. La otra es lo que da el esposo á la esposa francamente, á que dizen en latin *sponsalitia largitas*, que quier tanto dezir, como donadio de esposo: e este donadio se dá ante quel matrimonio sea acabado, por palabras de presente. Otra manera es de donacion que faze el marido a la muger, e la muger al marido, despues que el matrimonio es acabado; e atal donacion como esta defienden las leyes que non se faga. E la natura de cada una destas donaciones se muestra en las leyes deste Título.»

Cuatro son las acepciones que en estas dos leyes se dan

a la palabra arras, y ninguna de las cuatro la que verdaderamente tiene en nuestro derecho patrio; por manera que es preciso ir examinándolas, para venir a parar, con exclusión de las mismas, en la determinación del verdadero concepto. La primera de las comprendidas en la primera ley es la que más a él se acerca; dejarémosla, por consiguiente, para la última, y empezaremos a realizar nuestro propósito por la segunda. Arras, en latin, tanto quiere decir, según aquella legislación y jurisprudencia, como pena establecida por pacto en cualquier contrato bilateral para que, sufriéndola, pudiera libertarse, cualquiera de los contratantes, de consumar la misma convención. En este mismo concepto está admitida en nuestro derecho, tomando siempre el carácter de peño o prenda, siendo, por lo tanto, necesaria, para su perfeccionamiento, la tradición o entrega; de modo que si es el entregante el que se niega a la consumación, la pierde, no la puede reclamar, y si es el que la ha recibido, tiene que devolverla doblada, es decir, lo que recibió y otro tanto más. En este concepto, las arras pueden tener aplicación al matrimonio; y así lo expresa la citada ley 1.ª, declarando que aunque, por regla general, para procurar y mantener la absoluta libertad—que, aunque común a todos los contratos, más en el de matrimonio que en ninguno otro debe aparecer—no puede ratificarse por ningún género de pena que cohiba este pacto, esta pena, sin embargo, es válida, y debe ser eficaz. La ley 84, título 18, Partida 3.ª, presenta el ejemplo de esta especie de contrato en el formulario de los términos en que debe otorgarse la escritura: Martín Esteban, suponiendo tener tratado el matrimonio de su hija Teresa con Juan García, confiesa haber recibido del mismo 500 maravedís por arras, o en nome de arras, obligándose a que su hija se casara dentro de dos meses y a darle con ella en casamiento, e por nombre de casamiento, tal heredad, es decir, en dote. Sigue además la escritura consignando que, en garantía de que el casamiento se cumplirá, el mismo Martín Esteban ha dado al Juan García, con real y efectiva entrega, por arras y en nome de arras, e otrosi como peño, otra heredad, de modo

que por ambas partes se garantiza el cumplimiento del contrato con arras entregadas, a diferencia de la dote, que aparece tan sólo prometida. Las obligaciones que como emanadas del contrato se consignan se reducen a las naturales de que aquel por cuya causa deje de verificarse el matrimonio tenga que devolver lo recibido en nombre de arras y no pueda reclamar lo que en el propio concepto entregó. Todo esto parece claro, sencillo, natural y consiguiente.

Pero no es ya tan fácil determinar los efectos jurídicos de la convención cuando en ella aparece alguna modificación en los conceptos. Si por ambas partes se han constituído arras en perfecta igualdad, o sin expresar ninguna distinción, que es el caso comprendido en el formulario expresado, indudablemente, las obligaciones son recíprocas e idénticas. Mas suele acontecer y ser lo más común que sólo se constituyan arras por parte del varón en favor de la mujer; muy raro será que lleguen a constituirse por parte de la mujer en favor del varón: considerando, empero, los dos supuestos, se ha disputado acerca de si, llegado el caso de que el matrimonio deje de verificarse por causa del que las haya recibido, deberá devolverlas con el otro tanto o dobladas, o tan sólo lo que recibió. Es de todo punto indudable que a lo que, en primer lugar, debe atenderse es a la convención, pues no existiendo ni razón legal, ni de ninguna otra esfera, que jurídicamente pueda oponerse a la libre contratación en esta materia, siempre que conste con claridad cuál ha sido la voluntad de los contratantes, ella debe ser la razón determinante: la dificultad, por lo tanto, se encontrará cuando las arras se hayan constituído sin expresarse en el contrato la distinción de los dos supuestos, de modo que aparezca indeterminado cuál es el que debe realizarse. Diversas son las opiniones: unos siguen la de que, a falta de determinación convencional, tan sólo queda obligado, el que se niega a realizar el matrimonio, a la devolución de lo que recibió o a perder lo que entregó, admitiendo para ello el supuesto de que esta especie de dación en arras favorece siempre al que la recibe

o en tal concepto se hace, mientras no se exprese lo contrario, diferenciándose en esto las que se constituyen con referencia al matrimonio de las que tienen por objeto garantizar cualquier otro contrato; otros, por el contrario, sostienen que no hay razón alguna en que pueda fundarse la diferencia, y que, lo mismo que en los demás contratos, en el matrimonio, si deja de realizarse por culpa del que lo recibió, debe devolver el duplo; otros, por último, acuden, para la resolución de la duda, a la ya indicada distinción de si es el varón o la mujer la que da las arras, y opinan que si es el varón, y por su causa deja de cumplirse el matrimonio, pierde lo que entrego, y si la mujer es la que se niega a verificarlo, cumple con entregar tan sólo lo que recibió. En caso, aunque raro, de que sea la mujer quien dé las arras, las perderá, si por su causa deja de verificarse el matrimonio, y si por causa del varón, tendrá que devolverlas con el otro tanto. Toda esta teoría la fundan en el supuesto de que la descomposición de un matrimonio tratado, indisputablemente, aunque sólo sea fundándose en preocupaciones, perjudica mucho más a la mujer que al varón, y siendo, como es, cierto el supuesto, y no pudiendo menos de reconocerse, hasta el punto de ser así apreciado por las costumbres sociales, a esta última opinión nos inclinamos, tomando además por razón el ver considerado el mismo supuesto en las diferentes leyes que rigen en la materia, si bien para determinar otros distintos conceptos, como en el curso de nuestro trabajo tendremos ocasión de hacer notar.

Según la citada ley 2.ª, la tercera acepción en que es puede tomar la palabra arras es para significar con ella lo que dá el marido a la muger por razon de la dote que rescibió della; y añade el texto: assi como de suso diximos. De esto han querido deducir los autores que las arras explicadas en la ley anterior y en la primera acepción tenían por objeto lo que en esta ley se determina, y lo que nosotros deducimos es la gran confusión en que los autores de las Partidas incidieron, por querer encontrar o introducir identidad, o a lo menos semejanza, entre los conceptos de la

legislación romana y los de la goda. Si pudiera admitirse que las arras verdaderamente españolas fueran lo que las donaciones *propter nuptias* eran entre los Romanos, la referencia de la segunda ley a la primera aparecería con toda exactitud, de modo que ésta será preciso reconocerla dentro de la misma legislación de las Partidas, pero, del mismo modo, es forzoso rechazarla tan pronto como se considere que las arras verdaderamente españolas solamente se semejan a las donaciones *propter nuptias* romanas en que son dadas por el varón a la mujer. Las donaciones *propter nuptias* eran siempre remuneratorias, se constituían a manera de premio de alguna condición especial que se reconocía en la mujer: su nobleza, su hermosura, su virginidad y principalmente el estar dotada, y en este concepto concuerda la ley 2.ª con la 1.ª, porque en ésta se sienta el supuesto de la parificación de las arras con las donaciones *propter nuptias* romanas. Pero los godos no consideraron las arras donaciones remuneratorias, y sí sólo como verdadera dote de la mujer, dada por el marido: *Ne sine dote conjugium fiat,* como terminantemente lo expresa la ley 1.ª, título 1.º, libro 3.º del Fuero Juzgo en los códices latinos. Resulta, por consiguiente, que si bien la referencia de una acepción a otra puede encontrarse con exactitud dentro de la legislación de las Partidas, como no se tenga presente la expresada distinción, y tan pronto como se quiera llevar a la idea general de las arras, según nuestra verdadera legislación, se incurre en manifiesta confusión, conducente hasta el absurdo.

Los que así lo han comprendido, y, no obstante, han querido diferenciar las arras explicables en la ley 2.ª de las definidas en la ley 1.ª, suponen que las comprendidas en el concepto de ser lo que da el marido a la mujer por razón de la dote que recibió de ella se reducen a una mera garantía para asegurar la misma devolución de la dote, por medio de la cual llega a establecerse una a manera de hipoteca, o más bien prenda expresa y especial, además de la general y tácita a la que están sujetos todos los bienes del marido. En nada repugna este concepto a todos los

demás supuestos que constituyen la doctrina general sobre dotes ni sobre las mismas arras: puede, por lo tanto, admitirse como conducente a un buen fin. La constitución de arras en tales términos vendría a producir el resultado de que la mujer adquiriera mayor seguridad, mayor garantía, acerca de la recuperación de su dote. El marido, dando bienes en tal concepto, restringía las facultades que sobre los suyos propios tiene, renunciando a su libre enajenación, aunque no a la administración, para dedicar los productos al levantamiento de las cargas del matrimonio. Hemos visto, examinando la ley 7.ª del mismo título 11, Partida 4.ª, que el marido debe poner en posesión a la mujer de los bienes que le da, que, sin embargo, conserva la administración y la percepción de frutos, pero que no puede vender los bienes en que la donación consiste: concordando, por lo tanto, todos estos preceptos, viene a explicarse y confirmarse nuestra proposición. No obstante, forzoso es reconocer que en toda esta doctrina, toda esta teoría, por más exacta que sea, se prescinde completamente del verdadero concepto de las arras, sin que en manera alguna pueda encontrarse entre uno y otro más analogía que la de ser las dos cosas donaciones que el marido haga a la mujer, pues ni en el modo de constituirse, ni en los derechos que se transfieren, ni en los efectos que deben producir, por más que esto de que tratamos se llame arras, lo son y pueden serlo en el verdadero sentido que esta palabra tiene en nuestra legislación.

Otra de sus acepciones, según la misma ley 2.ª, es la de significar por ella lo que da el esposo a la esposa francamente, a que dicen en latín *sponsalitia largitas*, o sea donaciones esponsalicias. Como sobre esto tenemos que escribir un capítulo aparte, tan sólo creemos necesario decir, por ahora, lo mismo que sobre lo que acabamos de explicar, y aun con más razón; porque si bien lo que el marido da a la mujer para seguridad de la dote, porque el marido es quien lo da, puede llamarse arras, respecto de las donaciones esponsalicias, ni aun esta razón existe en términos generales, pues siendo lo cierto que lo mismo las puede

dar el esposo a la esposa, que la esposa al esposo, sólo en lo especial del primer caso podría encontrarse la razón. Otra acepción tiene también la misma palabra, pues con ella se significa el conjunto de las trece monedas con que al tiempo de celebrarse el matrimonio y de recibir la bendición nupcial, pasando de manos del sacerdote a las del varón y de las de éste a las de la mujer, se significa materialmente la confirmación del contrato y verificación del sacramento.

De todo lo que dejamos expuesto se deduce que no es en la legislación de las Partidas en la que debe buscarse y efectivamente se encuentra la materia jurídica comprendida en la palabra arras, según debe ser considerada por la jurisprudencia española. Los principios reconocidos y preceptos establecidos se encuentran en la legislación goda: a ella, pues, debemos acudir, no sin hacernos cargo, según también tenemos indicado, de lo que en una y otra legislación aparece más semejante, más próximo al punto de una exacta parificación. En la ley 1.ª del citado título 11, Partida 4.ª, se presentan las arras, en primer lugar, identificándolas a las donaciones *propter nuptias* de los Romanos; no es extraño, por lo tanto, que dentro de la legislación alfonsina, reconociéndose éste que podremos llamar principio, se observe en todos los preceptos una exacta consonancia, que, si faltara, produciría la contradicción. Mas ya hemos tenido ocasión de negar el principio, de refutar el antecedente, y, por lo mismo, de destruir la consecuencia. No son las arras españolas lo que las donaciones *propter nuptias* romanas, y sí el verdadero sistema dotal de los godos. Esta misma proposición sentamos en el capítulo dedicado a las dotes, y allá dijimos que, entre los dos sistemas, el más generalmente seguido era el romano, copiado en la legislación alfonsina, pero de esto no se deduce que haya quedado completamente abolido el de la legislación goda, y sí, por el contrario, que los dos existan y que puedan realizarse sin ninguna contradicción, por más que prácticamente esté el uno más generalizado que el otro. Tenemos también dicho que gran parte de la confusión que se

ha producido en esta materia procede únicamente de la variación del uso de la misma palabra, y esto es tan cierto, cuanto que si el Fuero Juzgo no se hubiera traducido al castellano, o si el sustantivo *dos* latino se hubiera sustituído con el dote castellano, y en las leyes posteriores se hubiera usado la misma palabra, en lugar de la de arras, que se introdujo al hacer la traducción, con toda claridad, sin la menor confusión, aparecería la materia, sin más que distinguir el sistema dotal romano del que reconocían los godos; y esto hasta tal punto, que en los textos góticos latinos se observa la verdadera diferencia de la dote goda a las arras, tomando esta palabra en el verdadero significado romano, en la acepción de peño, prenda o garantía de la realización del contrato, o pena que debía sufrir el que de él se separara, como puede verse examinando con la debida detención las leyes del título 1.°, libro 3.°, del Fuero Juzgo en latín, y aun la 5.ª del códice castellano, que no se encuentra en el latino, y que si coincide también con la 5.ª del latino, es porque en éste aparece la primera, que no está en el castellano.

Resulta, por lo tanto, que los godos llamaron dote a lo que el marido daba a la mujer, y arras a lo que se entregaba en señal de ratificación o consumación del contrato y debía constituir la pena del varón, si de él se separaba; que se originó la confusión por una que no tenemos inconveniente en llamar mala traducción; que, sin embargo, tenemos que reconocer sus efectos, que nos obligan a toda esta lata explicación de las acepciones de las palabras; que lo que hoy día se comprende en la de arras es la verdadera dote gótica que esta es la materia objeto de este capítulo; que por lo mismo, y prescindiendo de la legislación alfonsina, debemos examinarla y explicarla conforme a la legislación goda, así como, al examinar y explicar la dote de la legislación de Partidas, hemos también prescindido de la misma legislación goda; y, por último, que debemos definir las arras diciendo ser lo que el hombre da a la mujer para que no se verifique sin dote el matrimonio *(ne sine dote conjugium fiat)*.

La ley 3.ª, título 1.º, libro 3.º del Fuero Juzgo, según ya dejamos indicado, patentiza el modo de constituirse las arras en los dos conceptos, como dote por parte del varón a la mujer, y como peño, prenda o señal, en seguridad de la celebración del matrimonio y de la entrega de la misma dote prometida. Empieza condenando la falta del cumplimiento de los contratos celebrados, y para evitarla, dice: «E por ende, deste dia adelantre establescemos que despues que andar el pleyteamiento de las bodas ante testimonias entre aquellos que se quieren desposar, ó entre sus padres, ó entre sus propinquos, e la sortiia fuere dada e rescebida por nombre de arras, magüer que otro escripto non sea ende fecho, por nenguna manera el prometimiento non sea crebantado, ni nenguna de las partes non pueda mudar el pleyto, si el otra parte non quisiere; mas las bodas sean fechas, e las arras sean complidas segund cuemo es pleyteado.» Cotejando esta ley con su original latino se observa que, de las dos veces que se usa la palabra arras, la primera corresponde á *arrharum*, y la segunda, a *dotis*, resultando que el contrato de matrimonio podía hacerse de palabra ante testigos, y que si así se hacía, dándose, para su seguridad, la sortija en nombre de arras, aunque no se elevara a escritura, debía ser cumplido, y la dote entregada conforme estaba contratado. En el mismo concepto de peño o prenda se encuentra usada la palabra arras en la ley 4.ª, y, cotejada con su original, se ve que la idea también se expresa con el sustantivo *arrharum*.

En todas estas leyes se nota siempre el supuesto de que el marido sea quien dé a la mujer las arras en cualquiera de los dos conceptos, y, además, que los supuestos siempre se refieran a dote prometido y arras entregadas, y, por consiguiente, a que la convención se verifique antes de realizar el matrimonio. En la ley 5.ª del mismo título, que ya hemos dicho no aparece en el Código latino, se observa que lo que el esposo da a la esposa se llama arras, y admitiéndose que la esposa dé algo al esposo, no se da nombre ninguno a esta clase de donación; de modo que puede asegurarse que con la palabra arras, en uno u otro sentido,

siempre se significa lo que el varón da a la mujer, y también siempre con referencia a verificarse el contrato antes de la realización del matrimonio. Obsérvase también en la ley 6.ª, y es muy de notar, la prohibición de que el marido dé cosa alguna a la mujer en el primer año del matrimonio, además de las arras, en sentido de dote, y la permisión contraria si dentro del año existe causa de enfermedad o peligro de muerte, así como también la de poderle dar libremente alguna cosa después de pasado el año. Sentados estos antecedentes, podemos ya abordar la cuestión de si las arras deben establecerse antes del matrimonio en términos de que no puedan constituirse después. Generalmente, los autores, al considerar esta cuestión, han mezclado los supuestos de la legislación alfonsina con los de la goda y leyes posteriores en consonancia con la misma; nosotros, por el contrario, y siguiendo nuestro sistema, creemos que deben distinguirse con la mayor precisión. La prohibición de las donaciones entre cónyuges es doctrina preceptuada por las leyes de las Partidas; en su oportuno lugar notaremos que, no obstante, estaban permitidas, y que se podían verificar las donaciones *propter nuptias* constante el matrimonio, entendiéndose estas donaciones como se entienden y explican en la misma legislación alfonsina. Puede sentarse, por lo tanto, como proposición verdadera, que, según las leyes de las Partidas, por regla general, se prohibían las donaciones entre cónyuges, y por excepción, estaban permitidas las que en la misma legislación se llamaban donaciones *propter nuptias*. En la legislación goda, la regla general era que las arras, en sentido de dote, se establecieran antes del matrimonio, que, después de celebrado, pudiera el marido dar alguna cosa a la mujer; y siendo esto lo permitido, la excepción consistía en prohibir esta última clase de donaciones durante el primer año del matrimonio, a no ser que sobrevinera una grande enfermedad o peligro de muerte.

En la ley 7.ª del mismo título se establece que «el padre haya poder de demandar las arras de la fiia e de las guardar. E si el padre ó la madre non fueren presentes, los her-

manos y los parientes mas propinquos resciban las arras, e las entreguen á su hermana». Desde luego se comprende que, por esta ley, las arras, en concepto de dote, como se ve en el texto latino, una vez convenidas, y aun antes de celebrarse el matrimonio, pueden ser demandadas por parte de la esposa, y si no por ella misma, por sus padres, hermanos o parientes, bajo cuyo poderío se encuentre. Y por la ley 10 del mismo título se declara «que quando alguno quier casar assi mismo, ó á su fiio, ó á su propinquo, puede dar arras de sus propias cosas ó de las que ganó del señor, ó de qual cosa que quier que gane lealmientre; e qual cosa que quier que dé por arras deben ser firmes en todas maneras». También en esta ley se usa la palabra arras en concepto de dote, como se observa en el original latino, y de ello resulta que tanto el mismo desposado como su padre, en su nombre, u otro pariente cualquiera, pueden dotar a la esposa, constituyendo la dote con los bienes de que puedan disponer por haberlos adquirido legalmente. Tenemos, por consiguiente, que, según la legislación verdaderamente goda española, lo mismo el varón que cualquiera otra persona, podría establecer a favor de la mujer lo que en latín se llamaba *dos* y en romance se llamó arras, que lo establecido debía ser cumplido, y que se admitía la garantía de lo que en latín se llamaba arras, y verdaderamente se reducía al establecimiento de una pena que debía sufrir el varón, si del contrato se separaba. Esto es todo lo que de la legislación goda española resulta acerca del modo y tiempo en que debían establecerse las arras o dote gótica. Siguiendo el curso de nuestro trabajo, tendremos ocasión de manifestar cómo estas mismas doctrinas se han ido sosteniendo o modificando por las leyes posteriores.

Sentados estos antecedentes, podemos ya, desembarazadamente, proceder al examen de las arras en su verdadero concepto, para llegar a determinar cómo y a quién pertenecen y en qué deben consistir, porque este último punto es uno de los más sustanciales de la materia, en razón a que, desde el establecimiento de esta especie de donaciones, aparecen restringidas o reducidas a determinados

límites por medio de lo que puede llamarse tasa legal. La propiedad de las arras pertenece a la mujer, esto es indudable, con este objeto se constituyen, y ya queda diferentes veces repetido que el fin de su institución no fué otro que el de que las mujeres, al casarse, tuvieran dote. Pero si bien esto es lo cierto, es preciso advertir que sobre las tres cuartas partes de ella tiene el gravamen de reservación a favor de los hijos del marido que las constituyó, y que hasta la legislación de Toro tenía el marido el derecho de reversión, si la mujer moría sin hijos del mismo e intestada, como luego tendremos ocasión de explicar con más latitud. Por lo que hace a la administración, se observa que en la legislación del Fuero Juzgo no aparecen preceptos determinantes, y en la posterior, los que se han venido estableciendo, son más bien generales que concretos, y, por consiguiente, indirectos que directos. Sucede acerca de las arras, y respecto de este punto, lo mismo que hemos tenido ocasión de notar al ocuparnos en los parafernales. En la primitiva legislación goda, por no chocar ni poner en contradicción, por procurar más bien hermanar las diferentes máximas de las dos distintas razas que poblaban la España, por no imponer a los Godos las romanas ni a los Romanos las godas, los legisladores, con alta filosofía, economizaron los preceptos, dando gran latitud a la convención y dejando que por ella, más bien que de un modo forzoso, se determinaran las atribuciones que sobre la administración y disfrute de sus bienes debían corresponder a cada uno de los cónyuges. Fuése después, y conforme iba cesando el inconveniente, extendiendo y robusteciendo la jefatura, la autoridad del marido, hasta que por las citadas leyes de Toro vino a explicarse y decidirse definitivamente que la mujer, sin su licencia o consentimiento, nada pudiera hacer, ni aun en sus propias cosas. Aplicando esta doctrina, cuya confirmación creemos excusada, por evitar todo lo que en el capítulo anterior tenemos dicho, a la materia que es objeto del presente, podremos reducir la resolución del punto en que precisamente nos ocupamos a términos tan breves como precisos. La administración de las arras,

por lo mismo que son bienes de la mujer, corresponde al marido, que debe percibir los productos para destinarlos al levantamiento de las cargas del matrimonio, a no ser que exista pacto expreso en contrario. De otro modo, si se quiere, o para mayor explicación: los bienes en que consistan las arras pueden constituirse o no en parafernales; si se constituyen, a la mujer corresponderá la administración y disfrute; si no se constituyen, el marido deberá administrarlos y disfrutarlos. En todo caso, la propiedad será de la mujer, y para determinar las atribuciones del marido sobre ella, habrá de distinguirse, como respecto de la dote, si las arras son estimadas o inestimadas: si lo primero, el marido tan sólo quedará como deudor, obligado a la paga; si lo segundo, tendrá que conservar los bienes, sin poderlos enajenar, siendo, indudablemente, a esta obligación aplicables todas las doctrinas reconocidas y preceptuadas con referencia a la seguridad de las dotes, con la advertencia, que ya dejamos hecha, acerca de la obligación de reserva en favor de los hijos. Porque si bien en la legislación de Partidas aparece alguna pequeña diferencia entre las arras y los bienes dotales, la que puede notarse se funda únicamente en lo mismo que ya tenemos aclarado: en que las arras alfonsinas no son las verdaderas arras españolas y sí más bien las donaciones *propter nuptias* romanas, y en que, bajo este concepto, por ser bienes de la mujer, se consideraban parafernales, y por lo mismo que era necesaria una circunstancia especial para que entraran en la administración del marido, esa circunstancia no podía menos de producir una distinción en los efectos legales respecto de la garantía. Por no notarlo con esta precisión, los autores han supuesto que, aunque todos los bienes del marido deban responder de la entrega de las arras, no llega el gravamen a ser hipotecario, a constituir verdadero derecho en la cosa, y sí sólo, y, por consiguiente, obligación personal, si bien con la calidad de preferencia. Como al tratar de la dote, podemos decir en este lugar: el nuevo sistema hipotecario establecido en la última ley sobre la materia remueve, evitándolas, estas y otras muchas cuestiones para

lo sucesivo. No creemos necesaria mayor explicación sobre la propiedad y administración de las arras, considerando que la confirmación de lo dicho, además de tenerla ya consignada, resultará del examen de las leyes que vamos a examinar para llegar a determinar los supuestos que dejamos indicados, con referencia a la propiedad que la mujer adquiere en las arras y a la limitación a que se encuentra sujeta respecto de su cuantía.

La ley 6.ª, título 1.º, libro 3.º del Fuero Juzgo, como que es la más antigua de las que rigen en la materia, y como, por lo mismo, viene a ser el punto de partida o fundamento de todas las demás, merece particular atención. Dice así: «Porque muchas vezes nace entre los que quieren casar, sobre las arras, provecho e conseio sera de muchos, si por esta nuestra constitucion non fincar nenguna dubda. Onde Nos establescemos por esta ley, que qual que quiere de los principes de nuestra corte, e de los maiores de la gente goda que demande la fiia del otro por mugier para su fiio, aunque ella oviesse estada mugier dotro, si quier sea virgen, sequier viuda, non le pueda dar mas por arras de la decima parte de todas sus cosas. E si por ventura el padre quisiere dar arras por su fiio a su nuera otrosi puedel dar la decima parte daquello que eredare el fiio despues de la muerte de su padre: e aquella decima deve aver la esposa, e demas X mancebos, e X mancebas, e XX caballos, y en demas tanto quanto deva seer asinado, que vala mil sueldos; assi que de todas estas cosas la mugier puede facer lo que quisiere si fiios non oviese. Mas si la mugier murier sin fabla, esto deve tornar al marido, ó á los parientes mas propinquos del marido; nin los padres de la manceba, nin la manceba, non pueden demandar mas por arras, ni al esposo, ni á los padres del esposo, si non quanto diz en esta ley, ó por ventura assi como es contenudo en las leyes romanas, ó dize quanto deve dar la mugier al marido, e quanto da el marido á la mugier de sus cosas. Mas si por ventura el esposo prometier por escripto ó por iuramiento dar mas que non dize en esta ley, aquello que es demas, ó non pudier, non conviene que por miedo de

uno muchos ayan gran danno, mas pues que sus padres ó sus parientes lo sopieren, pueden demandar todas aquellas cosas que fueron demas dadas. Doncas, si el marido, despues que un anno oviere que es casado, por amor ó por grado, quisier dar alguna cosa á la muier, puedelo fazer libremientre. Mas ante que el anno sea passado, ni el marido á la mugier, ni la mugier al marido non puede dar mas de las arras, assi cuemo es de suso dicho; fueras ende, si lo fiziese por grand enfermedad, ó gran pavor de muerte. Mas de los otros huembres que non son de nostra corte, que an voluntad de casar, assi ponemos que aquellos que an valia X mil sueldos por todas cosas en su buena, den mil sueldos á la esposa en arras. Et aquel que á buena dé mil sueldos, dé C. por arras, y en tal manera, las arras de la cosa pequenna fasta en la grand podran seer dadas sin contienda.»

Por la diversidad de fueros especiales que la Reconquista hizo necesaria se fueron relajando y modificando, lo mismo en esta materia que en otras varias, las doctrinas y preceptos del Código visigodo. Muchos serían los que pudieran citarse en confirmación de esta verdad, pero preferimos acudir a los que con más facilidad pueden haberse a las manos. Los capítulos 1.º y 2.º del título 1.º, libro 5.º del Fuero Viejo, tomados del Ordenamiento de fijosdalgo, dicen así: 1.º «Esto es Fuero de Castiella: Que todo fijodalgo puede dar á sua muger en arras el tercio del eredamiento que a, e si ella ficier buena vida despues de la muerte del marido, non se casando, deve tener estas arras en toda sua vida, placiendo á los erederos; e si los erederos non gelo quisieren dejar, deven dar a ella quinientos sueldos, e entrar sua eredat; e si fuer voluntat de los ereделos del dejar tener la eredat de las arras, non las puede ella vender, nin enagenar en todos suos dias; mas quando casare, ó quando finare, deve tornar á los erederos del muerto; e quando el marido murier, puede ella levar todos suos paños, e suo lecho, e sua mula ensellada e enfrenada, si la adujo, ó si ge la dio el marido, ó si la eredó de otra parte, e el mueble que trajo consigo en casamien-

to, e la meitat de todas las ganancias que ganaron en uno.....»—«2.º Esto es Fuero de Castiella antiguamente: Que todo fijodalgo pueda dar á sua muger donadio á la hora del casamiento, ante que sean jurados, aviendo fijos de otra muger, ó non los aviendo; e el donadio que puede dar es este: una piel de abortones que sea muy grande, e mui larga, e deve aver en ella tres sanefas de oro, e quando fuer fecha, deve ser tan larga, que pueda un cavallero armado entrar por la una manga e salir por la otra, e una mula ensillada e enfrenada, e un vaso de plata, e una mora, y asta piel dicen abes; e esto solian usar antiguamente, e despues de esto usaron en Castiella de poner una quantia á este donadio e pusieronle en quantia de mil maravedis.»

Estas mismas modificaciones, tan generalizadas, produjeron la necesidad de volver a establecer, a lo menos en cuanto fuera posible, la uniformidad de doctrina; y, al efecto, que no fué otro el propósito con que se dió el Fuero Real, se dictó la ley 1.ª, título 2.º, libro 3.º, que dice así: «Todo home que casare, no pueda dar mas arras á su muger del diezmo de quanto hobiere; e si mas le diere, ó pleyto sobre ello ficiere, no vala; e si por ventura mas diere, los parientes mas propinquos del marido lo puedan demandar por él. E si la muger, habiendo fijos de este marido, finare, pueda dar por su alma la quarta parte de las arras á quien quier; e las tres partes finquen á los fijos de aquel marido de quien los hobo; e si fijos no hobiere, faga de sus arras lo que quisiere, quier en vida, quier en muerte; e si ella muriere sin manda, e no hobiere fijos dél, finquen las arras al marido que ge las dio, ó á sus herederos; e si la muger hobiere fijos de dos maridos, ó de mas, cada uno de los fijos hereden las arras que dio su padre, de guisa que los fijos de un padre no partan en las arras que dio el padre de los otros; e si el padre, ó la madre, quisiere dar arras por su fijo, no pueda dar más del diezmo de lo que puede heredar dellos.» Considerada esta ley con el necesario detenimiento, se encuentra, respecto de todo lo sustancial, en perfecta concordancia con la que del Fuero

Juzgo dejamos copiada. Lo mismo por la una que por la otra, se ordena que el varón pueda dar arras, dotar a la mujer, pero tan sólo lo que montare la décima parte de sus bienes; que la propiedad de las arras es de la mujer, la que, sin embargo, no puede disponer de ellas, si tiene hijos, porque, a su muerte, a ellos deben corresponder: por la del Fuero Juzgo, en totalidad; por la del Fuero Real, en las tres cuartas partes, pudiendo disponer de la otra a su libre voluntad. Tanto por la una como por la otra, la mujer, a falta de hijos, puede disponer, por testamento, libremente de la totalidad de las arras, pero si muere intestada, deben revertir al marido que las dió, o a los herederos de éste. La del Fuero Real aclara que, en caso de existir hijos de dos o más matrimonios, los de cada uno deben haber las arras que dió su respectivo padre; están también las dos conformes en que el padre del varón puede constituir arras a favor de su nuera, pero no en más que lo que importe la décima parte que lo que al hijo le ha de corresponder por herencia, y, por último, también lo están en que, tanto el mismo marido como sus parientes más propincuos, pueden reclamar y deben readquirir lo que resultare de exceso en las arras reguladas por la tasa a que quedan sujetas según la misma ley. Vino, pues, la del Fuero Real a rehacer por completo lo preceptuado por la ley goda, suprimiendo únicamente las diferencias que establecía entre la nobleza y el estado llano, que, por cierto, eran bien pequeñas, estando reducidas a lo de los diez mancebos y diez mancebas, veinte caballos y mil sueldos que los constituídos en alta nobleza o dignidad podían dar a sus esposas o mujeres, además de la décima parte de sus bienes, y a lo que ya también queda anotado de que la mujer, aun teniendo hijo, pudiera disponer de la cuarta parte de lo que por arras había recibido.

Esta, que puede considerarse como la única modificación sustancial introducida en la primitiva legislación goda por la del Fuero Real, desde luego se nota que propende a extender los derechos de la mujer en los bienes que de su marido ha recibido. Siguiendo las ideas el mismo rumbo, y según ya tenemos indicado, por la legislación de Toro,

(ley 51, 2.ª, título 3.º, libro 10, de la N.), se ordenó que «si la muger no oviere fijo del matrimonio en que interviniere promission de arras, e no dispone expresamente de las dichas arras, que las haya el heredero, ó herederos della, e no el marido, ora la muger faga testamento, ó no». De modo que desde entonces, y conforme, esta ley, la propiedad que la mujer adquiere en las arras que su marido le da, fuera del gravamen de reservación ya indicada, y que luego explanaremos, es perfecta y tan completa como la que puede ejercer en cualquiera otra clase de bienes que le correspondan por cualquiera otro título o modo de adquirir. Y todavía hay que observar que en los bienes que constituyen semejante clase de adquisición puede suponerse que a la mujer compete un derecho más extenso que sobre cualesquiera otros. Por la ley del Fuero Real, aun muriendo con hijos, puede disponer libremente de la cuarta parte de las arras; las leyes determinativas de las legítimas o herencias forzosas tan sólo permiten a los ascendientes separar de la herencia que corresponde a sus descendientes el quinto de sus bienes para poder disponer de él libremente; no hemos encontrado ley ninguna que directa expresa, y concretamente derogue la facultad concedida a la mujer por la ley del Fuero Real: si, pues, no se considera derogada por las que han venido a establecer con toda fijeza las legítimas y herencias forzosas, indudablemente resulta autorizada la mujer para privar a sus descendientes, en lo referente a las arras, de más de lo que puede privarles con referencia a sus mismas cosas, consistiendo el exceso en lo que va de la cuarta a la quinta parte, o, lo que es lo mismo, en un 5 por 100 de la totalidad. Pero ¿deberá esto reconocerse como legal? Mucho más grande aparece la cuestión en el terreno del derecho, en la verdadera especulación científica, de lo que puede serlo en el terreno práctico, puesto que está reducida, como ya hemos dicho, a un 5 por 100. Es muy de notar que las palabras de la ley del Fuero son las siguientes: «E si la muger, habiendo fijos deste marido, finare, pueda dar por su alma la quarta parte de las arras á quien quier.» Se ve, por lo tanto, que el espíritu de la ley es con-

ceder la facultad, suponiendo que se ha de usar para algún fin de los que se consideran piadosos y en propia utilidad, pues ha de ser por su alma; en esta consideración no parece equitativo el restringirle la facultad que tan claramente por la ley se le concede; a este extremo, pues, nos inclinamos, aunque para ello sea forzoso admitir una excepción de la regla general que rige en materia de legítimas.

En la ley 4.ª del mismo título y libro del Fuero Real viene a confirmarse la facultad concedida a la mujer para disponer de la cuarta parte de las arras, a la par que otros supuestos, que ya dejamos indicados, pero que no por eso dejan de necesitar particular mención. Dice así: «El marido de qualquier muger no pueda malmeter ni enagenar las arras que diese á su muger, magüer que ella le otorgue; e otrosi, non las pueda malmeter ni enagenar, mientras que el marido quisiere, magüer que ella lo otorgare, nin despues de su muerte, mientra que fijos vivos del hoviere, fueras ende la cuarta parte, asi como manda la Ley.» En conformidad a esta ley y a toda la doctrina que venimos reconociendo, el marido no puede enajenar, ni mucho menos malmeter o menoscabar, las arras que ha dado a su mujer, aunque ella lo otorgue, porque siendo lo cierto que la propietaria verdadera es la mujer, ella, y no otro alguno, es la que debe hacer la enajenación. Hasta aquí, o sea en la primera parte de la discusión legal, no aparece ninguna dificultad, mas, respecto de lo que sigue, ya se presenta el concepto con alguna oscuridad. Consiste ésta, en primer lugar, en no estar tan clara como fuera de desear la referencia del sujeto: si es lo cierto, por la razón mencionada, que el marido, ni aun con permiso de la mujer, puede enajenar las arras, no aparece ningún inconveniente en que las enajene la mujer con permiso del marido, y, sin embargo, parece que la ley lo prohibe, si en su segunda parte se comprende por sujeto la mujer: «E otrosi, dice, non las pueda malmeter nin enagenar mientra que el marido quisiere, magüer que ella lo otorgara.» Si, pues, en este período el sujeto es la mujer, como sucedería si la palabra estuviera antepuesta o pospuesta a las non las pueda, indudablemente

resultaría que la mujer, ni aun con permiso del marido, pudiera enajenar, y así es lo cierto, pero bajo otra condición, cual es la de tener hijos de aquel marido; por manera que la verdadera significación de la segunda parte de la ley se reduce a explicar y determinar que la mujer siempre está obligada a reservar las arras para sus hijos y del marido que las haya constituído, y, por consiguiente, «que mientra fijos vivos dél hoviere, ni aun con licencia del mismo marido, mientras viva, ni de ningun modo despues de su muerte, puede enagenar arras, fueras ende la cuarta parte. assi como manda la ley». Resulta, por lo tanto, que para llegar a determinar el punto en que nos estamos ocupando, es preciso distinguir, dividiendo en partes la totalidad de las arras y, al mismo tiempo, en supuestos. Si existen hijos, no puede la mujer enajenar las tres cuartas partes, ni aun con licencia del marido, porque para ellos tiene que reservarlas, y sí puede, con licencia del marido, enajenar la otra cuarta parte; si no existen hijos, podrá enajenar la totalidad, con licencia del marido. Las enajenaciones que se hagan cuando no existen hijos deberán rescindirse, si llegan a sobrevenir, en cuanto sean inoficiosas, o, lo que es lo mismo, en cuanto hayan excedido de la cuarta parte.

Ya hemos visto cómo por la ley 7.ª, título 1.º, libro 3.º del Fuero Juzgo, los padres de la desposada podían demandar y guardar las arras que le hubieran sido prometidas, y, a falta de padres, los hermanos o parientes más cercanos. La 3.ª, título 2.º, libro 2.º del Fuero Real viene a confirmar o, por mejor decir, rehacer este mismo supuesto y a darle mayor claridad. Dice así: «Quando el que casare diere arras a la manceba con quien casa, si ella no hobiese veinte años, el padre o la madre de la manceba haya poder de guardar estas arras para su fija, por que no se puedan perder, ni vender, ni enagenar; e si padre o madre no hobiere, los hermanos de la manceba, o los otros mas propinquos parientes hayan este poder: e cuando hobiere la manceba edad de veinte años, entreguengelas; e si arras no le dio luego, e gelas prometió de dar, estas personas las puedan demandar, assi como dicho es, y entre-

tanto la manceba y el marido vivan en los frutos comunalmente.» Desde luego se observa en esa ley que, además de la rehabilitación de su original, la del Fuero Juzgo, tuvo por objeto determinar y concretar los casos en que los padres o parientes pudieran demandar y debieran recibir las arras: los en que la mujer fuera menor, fijando la edad en la de veinte años. Por lo demás, una y otra están dadas en concepto de que la mujer no sólo adquiera las arras en verdadera propiedad, sino que deban serla entregadas para retener la posesión, con independencia del marido, si bien con obligación de destinar los productos al levantamiento de las cargas del matrimonio, puesto que, aun entretanto que las cosas deban permanecer en poder de las padres o parientes, la manceba y el marido deben percibir los frutos comunalmente. Combinando esta ley con la que próximamente hemos examinado, y es la que le sigue en número, se llega al conocimiento de que el objeto fundamental de las dos se reduce a garantizar el derecho de la mujer en las arras, salvando los bienes en que se han constituído de todo peligro, de todo menoscabo y enajenación. Es preciso no perder nunca de vista que las arras constituyen todo el sistema dotal de los Godos, y que así como para garantizar la dote romana se estableció la hipoteca general tácita sobre todos los bienes del marido, en garantía de la dote gótica, tenía que establecerse otro género de seguridad, que precisamente había de consistir en fijar los derechos sobre el modo de cuidar y sobre la facultad de enajenar esta clase de bienes. Mas por lo mismo, desde que las doctrinas de una y otra legislación fueron mezclándose, y la garantía hipotecaria de los Romanos, copiada en la legislación alfonsina, pudo extenderse, y con ella llegarse a asegurar todos los derechos sobre toda clase de bienes pertenecientes a la mujer, lo mismo los que le correspondieran, sin proceder del marido, que los que de él reciba, y desde que, por otra parte, robusteciéndose la autoridad marital, llegó a determinarse la completa jefatura del marido, como ya tan repetidas veces hemos dicho que se verificó en la legislación de Toro, por el criterio

legal de esta misma legislación deben examinarse, comprenderse y aplicarse todas estas leyes anteriores, para venir a parar en que las arras, por lo mismo que son bienes de la mujer, deben ser administrados por el marido; en este concepto, estar en su posesión, garantizada su devolución por el sistema hipotecario, y los frutos destinados al levantamiento de las cargas del matrimonio. A la mujer pertenecerá la propiedad y posesión de derecho, pero el marido tendrá la posesión de hecho, precaria, o en nombre de la misma mujer, si las arras se han constituído de un modo inestimable; y si han sido estimadas, el derecho se reducirá a ser el marido deudor, y la mujer, acreedora, con las garantías hipotecarias, y haya que aplicarse el antiguo y el nuevo sistema, según la época a que el negocio se refiera.

Hasta aquí hemos examinado las arras en concepto de entregadas y prometidas, y con referencia al tiempo en que se trata o se celebra el matrimonio: réstanos examinar la ley 2.ª, título 2.º libro 3.º, del Fuero Real, que dice así: «Si alguno fuere tan pobre en el tiempo quando casare, que no hobiere de que dar arras, e prometiere a la muger con quien casa que gelas dara de aquello que despues ganare: Mandamos que quando quier que demandare á su marido que le entregue las arras que le prometio, que gelas dé, de guisa que no le dé mas del diezmo de quanto hobiere al tiempo que gelas demandare.» Sobremanera interesantes son todas las disposiciones que se comprenden en esta ley, pues con su detenido examen y verdadera inteligencia se puede llegar a la solución de muchos puntos que aparecen dudosos, y hasta se han presentado como graves y difíciles cuestiones. Como tal se ha discutido la de si las arras podían establecerse después de constituído el matrimonio. Ya hemos significado nuestra opinión en favor de la negativa, pero esperábamos llegar al examen de esta ley para apoyarla y confirmarla, porque, indudablemente, en ella encontramos su resolución. En todas las demás, particularmente en la anterior, primera del mismo título, se observa consignado el supuesto de que las arras

se constituyan por entrega o promesa de entregar al celebrarse el contrato de matrimonio, más bien la que se llama contratos matrimoniales; y aun, por eso, en la 3.ª se concede a los padres y parientes de la mujer el derecho de recibirlas y el de demandarlas y obtenerlas, cuando fueron prometidas. En la que ahora examinamos viene a ratificarse el concepto por medio de la excepción, y sabido es que está lejos de destruir lo que confirma la regla general. Sólo cuando el marido sea tan pobre, que al tiempo de casarse no pueda dar arras, podrá prometer él darlas cuando adquiera bienes: por consiguiente, faltando el supuesto, teniendo el marido de qué dar arras al tiempo de casarse, cuando se trate el contrato matrimonial, y no después de verificado el matrimonio, será cuando se deba verificar este género de donación. Y hay todavía más, porque la ley exige, aun en el supuesto de la pobreza del marido al tiempo de casarse, que la promesa se haga antes de verificar el matrimonio; de modo que a todas luces aparece la verdad de que las arras deben establecerse antes de celebrarse el matrimonio entre los que se tratan de casar, no entre los ya casados.

Otro de los puntos objeto de cuestión es el de a qué tiempo debe hacerse o referirse el cómputo de los bienes del marido para fijar la cantidad a que deben ascender las arras, y por esta misma ley 2.ª, también con toda precisión viene a determinarse el concepto. En ella se establece y declara que cuando el varón, por no tener bienes al casarse, ha ofrecido a la mujer darle arras de lo que adquiera, la mujer puede demandarlas cuando quiera, pero el marido no podrá darle más de la décima de lo que tenga al tiempo de ser demandado. Resulta, por lo tanto, que la determinación del tanto a que deben ascender se ha de hacer siempre en atención al cúmulo de bienes pertenecientes al marido en el instante en que el mismo concepto se determine. Cuando, pues, las arras se establezcan en los contratos matrimoniales, deberán sujetarse, para la determinación de la cantidad, a lo que quepa en la décima parte de los bienes que a la sazón pertenezcan al que las da, y cuando, por no

poder determinarse la relación al tiempo de establecerlas, por no existir términos de comparación y tenerse que referir el supuesto para cuando los haya, el momento preciso será el que la mujer escoja para entablar su demanda. De este modo se salvan todos los inconvenientes, se puede dar solución a todas las dificultades, se hace efectivo el precepto de la tasa, y hasta, sin perjuicio del marido, se favorece a la mujer, dejando que el supuesto, cuando no pueda menos de ser dudoso, se resuelva a su voluntad. Si, pues, el marido, al casarse, tiene bienes, podrá dar menos, pero no más, que la décima parte; si no los tiene, y ofrece arras de lo que adquiriere, fijando cantidad, será preciso ver si la fijada cabe en la décima al tiempo de ser demandado por la mujer: si efectivamente cabe, deberá adquirir lo ofrecido; si no cabe, se tendrá por inoficioso el exceso, y si la cantidad no se ha fijado, la promesa se tendrá por valedera en todo lo que importe la décima, y no en más. Puede también suceder que la mujer no entable su petición durante la vida del marido: en tal caso, la regulación debe hacerse por lo que importe el haber hereditario del mismo al tiempo de su muerte. De lo que viene a resultar, en último término, que la cuantía de las arras no está sujeta al aumento o disminución que puedan sufrir los bienes del marido, sino cuando, por no haber todavía entablado la petición la mujer, no ha llegado a determinarse, y, por consiguiente, que la indeterminación únicamente puede imputarse a la misma mujer, puesto que a su arbitrio queda encomendada.

Fué también objeto de cuestión el si la tasa legal a la que deben sujetarse las arras podía o no renunciarse. Suponíase que, por constituir un beneficio en favor del varón, debía comprenderse en el axioma jurídico de que todo el que puede obligarse, puede renunciar a lo que le favorece, pero la argumentación es viciosa, porque la premisa es falsa. La tasa de las arras corresponde a una más elevada esfera que la de ser un mero beneficio instituído a favor de los que tratan de contraer matrimonio; entra en lo que puede reputarse derecho público, por interesar a la

cosa pública, como todo lo referente a facilitar los matrimonios, evitando los inconvenientes que al objeto pueden oponer las preocupaciones, el lujo y hasta la moda. Si a la libre voluntad de los contrayentes se dejara absolutamente el establecimiento de estas donaciones, habría quien, por lujo, orgullo, por pura ostentación, incurriera en la imprudencia de reducirse a la pobreza, y también quien, por no dar con exceso, cuando las preocupaciones o la moda lo exigieran, se retrajera de contraer matrimonio. Además, las mujeres, «naturalmente cobdiciosas y abariciosas», como dice una ley de Partida, si no existiera una tasa, podrían abusar de la ilimitada facultad de los hombres, y esto dar margen a que dominaran en la contratación de los matrimonios miras e intereses de mala ralea y opuestos a los fines piadosos y sagrados de tan alta institución: a precaver y evitar tamaños males se dirige la tasa de las arras. Por solas estas consideraciones podía deducirse que no estaba al arbitrio de los contratantes violar la prohibición de la ley, so pretexto o bajo la fórmula de renuncia de un beneficio; y conforme a esa doctrina, y en su confirmación, se dió la ley 50 de Toro (1.ª, título 3.º, libro 10, de la N.), que dice así: «La ley del Fuero que dispone que no pueda el marido dar mas en arras á su muger de la decima parte de sus bienes, no se pueda renunciar; y si se renunciare, no embargante la tal renunciacion, lo contenido en la dicha ley se guarde y execute; y si algun escribano diese fe de algun contrato en que intervenga renunciacion de la dicha ley, mandamos que incurra en perdimiento del oficio de la Escribania que tuviere, y de allí en adelante no pueda usar más dél, so pena de falsario.»

Esta ley, tan clara y tan severa, que hasta puede tacharse de dureza, ha sido objeto, sin embargo, de interpretación para procurar desvirtuar su terminante parte preceptiva. Se ha supuesto que, a su pesar, podría sostenerse la renuncia de la tasa si se hacía con juramento, intentando poner en contradicción el deber legal con el deber religioso, y hasta se ha querido, para disminuir la fuerza del primero y que resultara prepotente el segundo, suponer que

por la ley 7.ª, título 1.º, libro 10 de la N., se permite obligarse confusamente en los contratos matrimoniales, y, por consiguiente, que, siendo permitido el juramento, debe considerarse eficaz. Este razonamiento carece absolutamente de fuerza, porque el objeto de la citada ley fué especialísimo y enteramente ajeno al punto en cuestión; por lo que no puede tener ninguna clase de aplicación, según se comprende tan pronto como se acude a examinar los antecedentes de la ley. Íbase introduciendo la costumbre de celebrar contratos, por los cuales los no eclesiásticos, los legos, se sometían a la jurisdicción eclesiástica: esto estaba prohibido por varias disposiciones legales como atentatorio a la jurisdicción real ordinaria; para salvar la prohibición, solían los contratantes confirmar su sumisión a la jurisdicción eclesiástica con juramento, y los Reyes Católicos, con el objeto de evitar esta malicia, en la ley que es la 6.ª del mismo título 1.º, libro 10 de la N., prohibieron los juramentos que se hacían con el indicado fin. Hubo de suponerse que la prohibición se extendía a otros objetos, y, para destruir esta suposición, se dió la ley citada, recopilada con el núm. 7 del mismo título, reducida únicamente a declarar que pudieran los contratos ratificarse con juramento, siempre y cuando no se refirieran a la indicada sumisión, ni tuvieran por objeto perjudicar la jurisdicción real ordinaria. Descartado de este modo el argumento de ley a ley, queda, sin embargo, el propuesto de deber a deber, pero éste tampoco tiene ninguna fuerza dentro del derecho estricto. No puede admitirse en su terreno que sea lícito valerse de la moral o de la idea religiosa para hacer que prevalezca la violación de un precepto prohibitivo, y lo que en último término resultará será una duda de conciencia: afortunadamente, hasta esta misma duda está legalmente resuelta. En la ley 4.ª, título 1.º, libro 3.º del Fuero Juzgo se declara que «si, por ventura, el esposo prometier por escripto ó por iuramiento dar mas que non dize en esta ley, aquello que es demas puedeielo tolier, e tornallo en su poder. Mas si, por aventura, por miedo de iuramiento ó por negligencia, non lo quisiere demandar aquello que es demas, ó non

pudier, non conviene que por miedo de uno, muchos ayan gran danno, mas pues que sus padres ó sus parientes lo sopieren, pueden demandar todas aquellas cosas que fueron demas dadas». Todavía se ha intentado destruir la fuerza prohibitiva de las leyes que determinan la tasa de las arras por otro medio sumamente ingenioso a la verdad, pero que no por eso deja de tener jurídicamente su concluyente oposición o correctivo. No existe disposición legal que prohiba el contrato de compraventa entre los esposos o entre los que traten de contraer matrimonio. Por el contrario, la ley 246 de las del Estilo dice así: «Otrosi, en el título de las Arras, en la ley que comienza: Todo hombre que casare, dice que no puede dar en arras mas de fasta el diezmo de lo que hobiere. Pero es, a saber, que si ante que el casamiento sea fecho por palabras de presente, le venda á ella, ó á otro dé sus bienes, magüer mas sean del diezmo aquellos bienes, vale la vendida como cada un hombre puede vender lo suyo, y segun derecho vale tal compra y tal vendida.» Prescindimos de la fuerza legal que deba darse a esta y demás declaraciones comprendidas en la colección de que forma parte, acerca de lo que ya hemos tratado en su oportuno lugar, pero, de cualquier modo que sea, resuélvase por ella la cuestión, o téngase por resuelta en favor de la libertad, por no existir ley que la prohiba o limite, la consecuencia forzosa será tener que reconocer que el esposo puede vender a la esposa la parte de bienes, y hasta la totalidad de los que le pertenezan, dado siempre por supuesto que, por la edad y demás circunstancias jurídicas, pueda ejercer el derecho de libre enajenación. Admitidos estos supuestos, no puede menos de reconocerse la facilidad de evitar la prohibición de la tasa por medio de la simulación del contrato de compraventa, aparentando que el varón, por el contrato, transfiere a la mujer los bienes que le pertenecen en cualquiera cantidad que sea, y que recibe el precio, que por lo mismo que debe ser en dinero, queda a su absoluta libre disposición. Mas para todo esto es preciso incurrir en un hecho ilícito, en un verdadero fraude contra la ley, y la cuestión, dejando ya de ser de

derecho, viene a resultar puramente de hecho. Si el fraude existe, y por existente se tendrá cuando pueda justificarse, como, por el mero hecho, se incurrirá en el axioma de que lo realizado fraudulentamente a nadie favorece, deberá tenerse por nulo todo lo que de ello debía resultar: si el fraude no se justifica, no habrá medio de evitar sus efectos. Todo, pues, vendrá a reducirse a la determinación de si el contrato se ha celebrado o no maliciosamente; y al efecto, siempre, si no como verdadera prueba, como fundada presunción que induzca a la afirmativa, aparecerá el mismo hecho de haberse otorgado el contrato de compraventa entre personas que a la sazón trataban de casarse. Podrán reclamar, por lo tanto, contra sus efectos los que por ellos se supongan perjudicados, que indudablemente lo serán los herederos del varón que deban ser los necesarios o forzosos, y en esto mismo se ve la necesidad absoluta de negar la facultad de renunciar a la tasa, por estar establecida en armónica consonancia con todas las demás leyes que establecen las herencias forzosas, de tal modo que, si se admitiera la renuncia, vendría a admitirse un medio por el cual pudieran hacerse ilusorias en su mayor parte. En el capítulo siguiente tendremos ocasión de exponer lo que se refiere a la tasa de las arras, en combinación con otras donaciones que el esposo puede hacer a la esposa.

Si las arras tienen por objeto el que no se verifique el matrimonio sin que la mujer esté dotada conforme a la idea primitiva de la legislación goda, y si, de cualquier modo que se consideren, en este mismo concepto, toman por razón el matrimonio, reconociéndose esto como subcondición esencial *sine qua non,* la consecuencia precisa tiene que ser que, cuando la condición falte o se resuelva en sentido negativo, todo lo pactado, y aun ejecutado, se rescinde, y, o queda sin efecto, o los producidos, en cuanto posible sea, deben reponerse. Esto, que desde luego aparece perfectamente conforme con todos los principios jurídicos, se encuentra también consignado por los preceptos legales, en los cuales, sin embargo, se consigna una distinción que no puede menos también de reconocerse

comprendida dentro de la equidad, y, por consiguiente, en los mismos principios. Dice la ley 5.ª, título 1.º, libro 3.º, del Fuero Juzgo: «Si algun esposo muriere por ventura fechas las esposaias, y el beso dado, e las arras dadas, estonze la esposa que finca deve aver la meetad de todas las cosas quel diera el esposo, y el otra meetad deven aver los herederos del esposo quales que quiere que devan aver su buena. E si el beso non era dado, y el esposo muriere, la manceba non deve aver nada daquellas cosas. E si el esposo recibe alguna cosa quel de la esposa, e muriere la esposa, si quier sea dado el beso, si quier non, tod aquello deve seer tornado a los herederos de la esposa.» La circunstancia de no encontrarse esta ley en los códices latinos, aunque sí en todos los más autorizados castellanos, atribuyéndola a Rescindo o Recesvinto, ha dado margen a dudar sobre su autenticidad y a investigar su origen o antecedentes, para, por este medio, poder llegar a explicar cómo y en dónde nació, por decirlo así, la idea, y por qué rumbo vino a consignarse en el Código, si bien castellano, visigodo. De su origen, históricamente considerado, nos ocuparemos en el capítulo siguiente, porque, para nosotros, indudablemente, lo toma de lo establecido en el derecho romano acerca de las donaciones esponsalicias. Por ahora cúmplenos más bien considerarla en su concepto y fundamento filosófico.

El beso, entre los Godos, cuando entre esposos mediaba, no tenía el carácter de un hecho ilícito por impuro o deshonesto: era más bien considerado lícito y como consumación del contrato de esponsales, así como por el coito, o completo acto carnal, se consumaba el matrimonio. Por eso la ley, sencillamente, expone el concepto, presentando el hecho como si fuera común y tan generalizado como la misma constitución de arras: el beso dado, e las arras dadas. Esta sola consideración nos induce a creer que si bien la idea, en su origen, fué romana, con aplicación a las donaciones esponsalicias, los Godos la aceptaron, extendiéndola y aplicándola a las arras, a su sistema dotal, porque, además de encontrarla equitativa, en nada podía repugnar

al rigorismo de sus máximas y costumbres. Sentado este supuesto, nada más natural que lo que se comprende en el precepto legal. Consumado, no el contrato de matrimonio, pero sí el que se refiere como preliminar a obligarse a verificarlo, resulta ya completo y eficaz en una parte, aunque no en el todo, y la ley, que en los conceptos no podía menos de admitir este supuesto con referencia a las personas, ha querido extender sus efectos a las cosas, determinando que así como la mujer, con la consumación del matrimonio, adquiere la totalidad de las arras, con la consumación de los esponsales adquiera la mitad. El beso es un acto carnal impuro, deshonesto, entre personas que no estén ligadas por vínculo que lo purifique; el compromiso, la obligación del matrimonio, entre los Godos, bastaba para purificarlo, según sus costumbres, que se reflejan en las leyes, pero no podía menos de surtir sus efectos, por lo mismo que era lícito, y el efecto que reconoce la ley es la adquisición de la mitad de las arras. No existiendo, pues, el beso, no había causa ninguna para la misma adquisición, y, consecuente con este supuesto, la ley determina que se rescinda la promesa y donación de arras, de modo que deban ser devueltas a los herederos del esposo cuando éste muere antes de haber realizado el acto carnal, consumación legal del contrato de esponsales. El marido no adquiere, sin embargo, lo que la esposa le hubiera dado, si quier sea dado el beso, si quier non; y si ella muere, todo lo que dio debe ser tornado a sus herederos. Esta última parte de la ley aparece absoluta y sin que sobre ella pueda admitirse ninguna distinción, si bien concretamente al caso en que no se haya consumado el matrimonio, puesto que, en toda la ley todos sus conceptos se refieren a esponsales, y en esta última parte de esposa se trata. Siguiendo el rigorismo de la argumentación que venimos formando, tal vez pudiera decirse que, admitiéndose el beso como hecho lícito entre los esposos, no se encuentra razón ninguna para que cause distintos efectos respecto del uno que respecto del otro, mas para contestar a esta objeción basta tomar en cuenta que en toda la legislación goda siempre aparece la mujer

constantemente favorecida en todo lo que se refiere a la constitución del matrimonio: la idea se había modificado, se había purificado; hasta se había cambiado el signo representativo por la introducción de la palabra matrimonio, indicativa de carga de la madre, y considerando que la mujer, que la madre, era la que sustancialmente resultaba gravada, natural, equitativo, lógico era que el gravamen legalmente se compensara.

Esta pureza en las costumbres, reflejada, naturalmente, en la legislación, se fué relajando; y, aumentada la malicia, vino el beso a dejar de ser lo que era, y a tomar, aun dado entre los esposos, carácter de deshonestidad. El capítulo 4.°, título 1.°, libro 5.° del Fuero Viejo, tomado de los Fueros de Burgos, dice así: «Esta es fazaña de Castiella: Que D.ª Elvira, sobrina del Arcidiano D. Matheo, de Burgos, e fija de Ferran Rodriguez de Villarmentero, era desposada con un cavallero, e diole el cavallero en desposorio paños, e cinteras, e una mula ensillada de dueña; e partiose el casamiento, e non casaron en uno; e el cavallero demando á la dueña quel diese suas cinteras, e todas las otras cosas que le dio en desposorio, que non avie porque gelo dar; e vinieron ante D. Diego Lope de Faro, que era Adelantado de Castiella, e dijeron suas raçones antel cavallero, e suo Tio el Arcediano D. Matheo, que era raçonador por la dueña; e judgo D. Diego que si la dueña otorgaba que avia besado y abraçado al cavallero, despues que se juraron, que fues todo suo de la dueña quantol avia dado en desposorio, e si la dueña non otorgaba que non avie abraçado, nin besado al cavallero, despues que fueron desposados en uno, que diese todo lo que resciviera; e la dueña non quiso otorgar que la avia abraçado, nin besado, e diol todo lo que le avia dado.» Ya por esta fazaña se ve que el concepto legal se conservaba a la sazón en su pureza, a la par que el concepto social estaba modificado, puesto que a D.ª Elvira repugnó la confesión de haber sido abrazada y besada por su esposo, hasta el punto de que, antes de hacerla, prefirió devolver todo lo que de él había recibido. En la ley del Fuero Juzgo, sin malicia, como cosa

común y corriente, se supone el beso entre los esposos; D. Diego Lope de Farro ya suponía otra cosa, ya imponía a D.ª Elvira la condición, el aprecio, de confesar que había sido besada si quería conservar lo que había recibido.

Llegamos al Fuero Real, y en él nos encontramos con la ley 5.ª, título 2.º, libro 3.º, que es preciso examinar con cierta detención, porque en ella se comprenden diversidad de supuestos. Dice así: «Si el esposo de alguna muger diere algunas donas en paños, ó en otras cosas, á su esposa, e muriere el esposo ante que haya que ver con ella, e la besó ante que muriese, la esposa haya lá meytad de las donas que dél tenía, e la otra meytad tornela á sus herederos, ó dela á quien él mandare: e si la no besó, tornele todas sus donas: e si arras le dió ante que muriese, e no hubo que ver con ella, tornelas á herederos, ó á quien él mandare: e si hubo que ver con ella, hayalas, asi como manda la ley: e si ella diere alguna cosa á su esposo, quier la besase, quier no, si mas no hobo que ver con ella, tornelo á sus herederos, ó á ella: e si hobo que ver con ella, no torne ninguna cosa de las donas que della hobo.» En tres partes tiene que dividirse esta ley: la primera se refiere a donaciones esponsalicias, hechas por el esposo a la esposa; la segunda, a las arras, y la tercera, a donaciones esponsalicias, hechas por la esposa al esposo. De la primera y tercera, necesariamente tendremos que ocuparnos en el capítulo siguiente; en éste, por lo tanto, debemos concretarnos a la segunda, que está comprendida en estos términos: «Si arras le dió ante que muriese, e no hobo que ver con ella, tornelas á herederos, ó á quien él mandara: e si hobo que ver con ella, hayalas, asi como manda le Ley». Es, en nuestro concepto, indudable que por esta prescripción legal no se modificó sustancialmente, como algunos pretenden, lo determinado por las anteriores respecto de la adquisición de las arras, con distinción de si ha mediado o no ósculo entre los desposados. En el contexto literal es cierto que se omite la distinción, y que sólo se expresa el supuesto de si ha existido cópula, significando la idea con la frase haber que ver con ella, pero concluye diciendo:

así como manda la ley; y no pudiendo referirse a otra que a la del Fuero Juzgo, y no pudiéndose negar que para el caso expresamente comprendido dispone la del Fuero Real lo mismo que aquélla determinaba, lógicamente se deduce que en lo que no expresa ni determina, en lo que por completo omite, lejos de haber querido derogar, sostiene lo preceptuado. Además, el texto de la ley tiene otra interpretación, que consiste en ser necesaria su disposición para aclarar dudas que pudieran ocurrir. Los esponsales de presente, seguidos de la cópula, constituían a la sazón verdadero matrimonio: podía, por consiguiente, existir éste por este medio, y sin necesidad de la completa fórmula matrimonial; la ley del Fuero, por lo tanto, tuvo por objeto explicar y determinar que, mediante la cópula entre esposos, se tuviera por consumado el matrimonio, para los efectos de la adquisición de las arras, puesto que asimismo se reconocía para todos los demás. La cópula entre esposos, en aquel tiempo, se consideraba hecho, hasta cierto punto, lícito, y la ley del Fuero Real vino a explicar sus efectos: en el día, y desde que el concepto ha variado, como en su lugar tenemos expuesto, forzoso es tenerlo por ilícito; la consecuencia será que, aunque indirectamente, la ley ha venido a ser derogada: por el coito entre esposos, y antes del matrimonio, no podrá ya reconocerse que la mujer adquiera la totalidad de las arras.

Se hace también preciso considerar que en las leyes que llevamos examinadas, para determinar el supuesto de que la mujer adquiera la mitad de las arras, se sienta por única causa de no subseguir el matrimonio, después de haber intervenido el ósculo, la muerte del esposo. De aquí ha nacido la duda sobre si el precepto legal tendrá aplicación cuando otra sea la causa. Convienen generalmente los autores en que también debe considerarse suficiente y parificada a la muerte, para producir el mismo efecto, el ingreso en religión, puesto que por él se rescinde hasta el matrimonio rato y se destruye por completo la fuerza de los esponsales. Aceptamos como lógica y equitativa su opinión, no sólo porque no encontramos razón alguna que

oponer a esta interpretación extensiva de los textos legales, sino porque en la fazaña del Fuero de Burgos, trasladada al Fuero Viejo, vemos que, para determinar la adquisición de la mitad de lo que la esposa había recibido, mediante la confesión de haber sido besada, no se supone la muerte del esposo, ni aun se determina por culpa de cuál de los dos dejaba de realizarse el matrimonio. Creemos, en su consecuencia, que sólo cuando la causa sea imputable a la esposa, sin participación alguna en ella del esposo, será cuando, aunque haya intervenido ósculo, pierda la totalidad de las arras; y, por lo mismo, si la esposa, después de haber sido besada, muere, suponiéndose y aadquirida, y no pudiendo suponerse hijos, no habiendo mediado cópula, con arreglo a las leyes del Fuero Juzgo y Fuero Real, si no disponía por testamento, debería pasar al marido, pero conforme a la ley 51 de Toro, aunque muera intestada, debe pasar a sus herederos.

Expuesto todo lo que creemos suficiente respecto a la adquisición de las arras, debemos ocuparnos de las causas por las cuales la mujer las pierde, aun después de haberlas adquirido definitivamente. Dice la ley 6.ª, título 2.º, libro 3.º del Fuero Real: «Si la muger ficiere adulterio, e probado le fuere, pierda las arras si el marido quisiere: e otrosi, si la muger se fuere de casa de su marido, e se partiere dél por razon de fazer adulterio, pierde las arras, magüer no le sea probado que cumplió la voluntad que quiso por algun embargo, pues que no fincó por ella de lo cumplir.» La mujer, en virtud de esta ley, por el adulterio consumado o frustrado, pierde las arras: esto, además de aparecer terminantemente consignado, se encuentra tan en completa conformidad con la equidad y, la razón, que, por excusado, deben omitirse toda clase de comentarios y explicaciones. Preciso se hace, no obstante, analizar algún tanto los supuestos para determinar los conceptos. El literal contexto parece que únicamente se refiere a la mujer casada, pero, sin dudar, creemos que su espíritu es extensivo a la mujer desposada que quiera suponer haber adquirido la mitad de las arras por haber sido besada. En todas las leyes del Fue-

ro Real, como especialmente puede verse en las del título 7.°, libro 4.°, la idea de adulterio se extiende a la mujer desposada; y, además, la razón dicta, y la sana moral exige, que la esposa infiel pierda lo que en condición de fidelidad ha adquirido; y si el adulterio es causa de que se rescindan los esponsales, imposible es suponer que, destruída la causa por culpa de la mujer, se reconozca, en efecto, que le sean favorables. La ley 9.ª, título 12, libro 3.° del mismo Fuero Real ordena que «si el marido diere á su muger alguna cosa que gela pueda dar, y ella, despues de muerte de su marido ficiere buena vida, hayala fasta su muerte, y a su muerte faga dello lo que quisiere; e si fijos derechos no dexa, e si manda no ficiere, tornese al marido que lo dio, o a sus fijos derechos, o herederos, si fijos no hobiere de bendicion, si fuere muerto: e si por ventura, despues de muerte de su marido, no ficiere buena vida, pierdalo todo quanto le dexo el marido, y hayanlo los herederos del marido». Tampoco en esta ley aparece tan claro como fuera de desear si en sus supuestos se comprenden las arras, pero, en nuestra opinión, debe reconocerse la afirmativa, no sólo por la misma generalidad con que la idea se expresa, sino porque terminantemente se refiere a bienes que, muriendo la mujer sin hijos e intestada, deben revertir al marido; y estas son precisamente las condiciones a que por aquella legislación estaban sujetas las mujeres. Tenemos, pues, por indudable que también la viuda que vive deshonestamente pierde las arras a favor de los herederos del difunto marido: es claro que si de él tiene hijos, éstos serán los que aparezcan en primer término.

SECCIÓN CUARTA

DE LAS DONACIONES ESPONSALICIAS

Concepto de las donaciones esponsalicias. — Constitución de Constantino. — Códigos Alariciano y Justiniano. — Quién fué el autor de la ley del Fuero Juzgo — Propiedad de las donaciones esponsalicias. — Tasa de las donaciones. — Recapitulación, por la ley 52 de Toro, de las disposiciones anteriores. — Nuevos preceptos acerca de la tasa. — Desuso de las leyes referentes a la tasa.

Tan íntimamente relacionadas se encuentran en nuestra legislación las materias de éste y el anterior capítulo, que no puede menos de considerarse el uno como complemento del otro: conviene, sin embargo, distinguirlas, por lo mismo que tienen entre sí notable semejanza, pues es lo cierto que, de parificarlas, no puede menos de producirse la confusión, y que la especulación científica, en lo que principalmente debe consistir es en distinguir los semejantes, para evitar que, por no conocer las diferencias, se apliquen en la práctica las especialidades de una a otra cosa. Hemos consignado en el capítulo anterior las cuatro acepciones atribuídas en la legislación de las Partidas a la palabra arras, y que en la una, según la ley 2.ª, título 11, Partida 4.ª, se comprende lo que da el esposo a la esposa francamente, a que dicen en latín *sponsalitia largitas*, que quiere tanto dezir como donadio del esposo: e este donadio sera antes que el matrimonio sea acabado por palabras de presente. Esto puede tenerse por verdadera definición de las donaciones esponsalicias, y a explicarla viene la ley 3.ª del mismo título, que dice así: «*Sponsalitia largitas*, en latin, tanto quiere dezir, en romance, como don que da el esposo a la esposa, ó ella á él, francamente, sin condicion, ante quel matrimonio sea cumplido por palabras de presente. E como quier que tal don como este se diesse sin condicion, pero siempre se entiende quel deve tornar aquel quel recibe, si por su culpa finca, que el ma-

trimonio non se cumpla. Mas si por aventura acaesciese que non se cumpliesse, muriendo ante alguno dellos, en tal caso como este ha departimiento. Ca si se muriere el esposo que fizo el don ante que besasse la esposa, deve ser tornada la cosa quel fue dada, por tal donadio como este, á sus herederos del finado. Mas si la oviesse besado, non les debe tornar, salvo la metad, e la otra metad deve fincar a la esposa. E si acaesciese que la esposa fiziesse don a su esposo, que es cosa que pocas vegadas aviene, porque son las mugeres naturalmente cobdiciosas e avariciosas, e si muriese ella ante que el matrimonio fuesse acabado, estonce, en tal caso como este, quier sean besados, ó non, deve tornar la cosa dada á los herederos de la esposa. E la razon por que se movieron los Sabios antiguos en dar departido juyzio sobre estos donadios es esta: porque la desposada da el beso a su esposo, e non se entiende que lo recibe dél. Otrosi: quando recibe el esposo el beso, ha ende plazer, e es alegre, e la esposa finca envergonzada.»

Clara y terminante aparece esta ley en todas sus disposiciones. Las donaciones esponsalicias son los obsequios, o regalos, consistentes en ropas, joyas o preseas que, como muestras de la complacencia con que el varón recibe en matrimonio a la mujer, celebra el proyectado enlace y la esperanza de su futura dicha; por eso empieza la ley declarando que el hecho siempre lleva en sí la condición de que el matrimonio se realice, y esto, aunque no se exprese, y de modo que si por culpa de la mujer deja de verificarse, queda obligada a la devolución de cuanto en este concepto recibe. Viene en seguida la especial distinción de si el contrato matrimonial, de si los esponsales que motivan la donación se rescinden antes o después de haber mediado el ósculo entre los esposos, y declara que si antes, debe estarse por la regla que sienta como general, por la devolución de la totalidad, y si después, por la a manera de excepción, reducida a que tan sólo debe entregar una mitad, reservándose la otra. En toda esta primera parte de la ley se supone que el donante sea el esposo; y, pasando en la segunda a la suposición contraria, y admitiendo, aunque como poco fre-

cuente, declara que cuando la esposa es la que da, si deja de verificarse el matrimonio por su muerte, haya o no mediado el ósculo, a sus herederos debe ser devuelto todo aquello en que consista la donación. En el capítulo anterior hemos dicho que todo esto, referente al ósculo, tenía un origen romano, exponiendo nuestra opinión acerca de cómo fué aceptado por los Godos y extendido a las arras o dotes, según su sistema legal: cúmplenos ahora examinar, según allá también lo ofrecimos, este mismo punto, históricamente, resolviendo, aunque sea de paso, algunas dudas, y hasta equivocaciones, en que los expositores de nuestro derecho han incurrido, y que, desde luego, se desvanecen con sólo presentar los hechos en su verdadera exactitud.

La primera o más antigua ley en que encontramos la idea es la Constitución de Constantino, dada en 5 de junio del año 335, remitida a Tiberiano, vicario de las Españas, y recibida por éste el 18 de abril del año siguiente 336. Indudablemente, debió ser comprendida en el Código Teodosiano, pues que la vemos trasladada al Alariciano, o *Breviario* de Aniano, formando la ley 5.ª, título 5.°, libro 3.° de este Código. Después se trasladó igualmente al Código de Justiniano, y en él es la 16, título 3.°, libro 5.°, sin más diferencia que la que consiste en que en el Alariciano aparece sin epígrafe y en el Justiniano lo tiene, y dice así: «Quando sponsus donavit sponsæ, et non intervenit osculum, repetitur omne datum: sed si intervenerit osculum, repetitur dimidia pras: alicum lucratur sponsa ratione osculi. Si a sponso rebus sponsæ donatis interveniente osculo ante nuptias hunc, vel illam mori contigerit, dimidian partem rerum donatarum ad superstitem pertinere præcipimus, dimidiam ad defuncti, vel defuntæ heredes, cujuslibert gradus sunt, e quocunque jure successerint: ut donatio stare (pro) parte dimidia, e resolvi pro parte dimidia videatur. Osculo vero non interveniente, sive sponsus, sive sponsa obierit, totam infirmari donationem, e donatori sponso, vel heredibus ejus restitui. Quod si sponsa interveniente, vel non interveniente osculo, donationis titulo (quod raro accidit) fuerit aliquid sponso largita, e ante

nuptias hunc, vel illam mori contigerit: omni donationi infirmata, ad donatricem sponsam, sive ejus successores, donatarum rerum dominium trasferatur.»

Esta es la ley como se encuentra idénticamente en los dos citados Códigos, pero al trasladarla al Alariciano se le dió su correspondiente explicación, que, copiada también a la letra, dice así: «Interpretatio: Si quando sponsalibus celebratis, interveniente osculo, sponsus aliquid sponsæ donaverit, et aute nuptias sponsus forsitan moriatur, tunc puella, quæ superest, mediam donatarum solenniter rerum portionem poterit vindicare, et dimidiam mortui heredes acquirunt, quocunque per gradum succesionis ordine venientes. Si vero osculum non intervenerit, sponso mortuo nihil sibi puella de rebus donatis vel traditis poterit vindicare. Si vero a puella sponso aliquid donatum est, et mortua fuerit, quam vis aut intercesserit aut non intercesserit osculum, totum parentes puellæ sive propinqui, quod puella donaverat revocabunt.» Entre esta interpretación y la ley a que se refiere se encuentra la notable diferencia de que en la ley se comprende como supuesto para la determinación el que muera cualquiera de los dos desposados, ya sea el varón, ya la mujer, y en la interpretación se refiere el supuesto únicamente al varón; según la ley, por lo tanto, si después del ósculo muere la mujer, la mitad de lo que ha recibido pasa a sus herederos, y, según la interpretación, este supuesto se omite; nada se dice acerca de él. Por lo demás, aunque el modo y la fórmula de expresión varía en algún tanto, los conceptos y disposiciones son absolutamente iguales. Cotejada la interpretación con la ley incluída en el Fuero Juzgo, que es la 5.ª, título 1.°, libro 3.°, y cuya copia excusamos por tenerla ya hecha en el capítulo anterior, se observa que la única diferencia que entre las dos se encuentra consiste, como allá también lo dejamos consignado, en extender el concepto a las arras, porque la ley romana y la interpretación alariciana parece que sólo lo referían a las donaciones esponsalicias: *Rebus sponsæ donatis, si sponsus aliquid sponsæ donaveri,* y en la ley del Fuero Juzgo se dice: «Si algun esposo muriere por

ventura fechas las sponsalias y el beso dado a las arras dadas.» Mas notando esta influencia se explica la razón de la que se observa entre la ley y su interpretación, y se determina el verdadero concepto de la segunda. Conforme al derecho romano y a la misma ley de Constantino, la mitad de las donaciones esponsalicias, si entre los esposos intervenía ósculo, lo mismo que la totalidad, desde que el matrimonio se realizaba, se hacía completa e irrevocablemente de la mujer; conforme a la legislación goda, si la mujer moría sin hijos e intestada, las arras revertían al marido, y como esto estaba determinado ya por otras leyes godas, fué preciso suprimir, por medio de la interpretación, el supuesto y determinacion de que, si la mujer moría después del ósculo, la mitad de lo que había recibido pasara a sus herederos.

Fijados estos antecedentes, determinados todos estos conceptos, por lo que clara y terminantemente aparece en los mismos textos legales, no puede ya caber duda acerca de quién fué el autor de la ley del Fuero Juzgo. Es cierto que no se encuentra en los códices latinos, y que en todos los castellanos se atribuye a Recesvinto, pero es indudable que debe atribuirse a Alarico, porque si bien en la interpretación se conservaron las palabras latinas de la ley de Constantino, y que, por su literal contexto, parece que se refieren a las donaciones esponsalicias, considerando su verdadero espíritu se nota la modificación sustancial que en él se introdujo; por manera que lo único que puede atribuirse a Recesvinto es el haber modificado no la esencia, sino la fórmula de expresión, valiéndose de la palabra arras, que en el original latino probablemente sería dote, como más significativa, propia y determinante en la legislación goda, y según su sistema dotal. Resulta, por lo tanto, en último término, que todo lo concerniente a los derechos adquiridos por la esposa mediante el ósculo fué de institución, de constitución romana, con preferencia a las donaciones esponsalicias; que así rigió en España mientras la España fué una provincia del Imperio; que en el Código Alariciano, o *Breviario* de Aniano, se adoptó, con

extensión al sistema dotal godo, bien conservando la frase o modo material de expresar latino, y que, por último, Recesvinto, o el que fuera, varió la frase, varió el modo de expresar, valiéndose de la palabra que mejor podía significar el concepto aceptado ya por Alarico.

Resultaba también de todos estos supuestos que entre los godos, todo lo que el varón daba a la mujer, o el esposo a la esposa, se comprendía, se refundía, en la idea expresada con la palabra *dos* en latín, arras en romance, destruyéndose, por decirlo así, la idea de donaciones esponsalicias, en concepto romano, hechas por el varón a la mujer, conservándose, sin embargo, respecto de las hechas por la esposa al esposo, sin darles nombre propio, y sí sólo comprendiéndolas en la fórmula genérica de lo que: o si la esposa diere; de modo que ni en el Fuero Juzgo, ni en el Viejo, ni en el Real, se encuentra la fórmula terminante de donaciones esponsalicias, aunque si, como ya hemos tenido ocasión de notar, la idea de que si el matrimonio no se realiza, haya o no intervenido ósculo entre los esposos, todo lo que él de ella haya recibido tiene que serle devuelto, que es la misma que viene rigiendo, desde la ley de Constantino, y clara y terminantemente está en la ley de las Partidas, que que tan dejamos copiada. Sus autores, por el empeño de razonarlo todo, acuden a fundar la diferencia en la consideración de que la mujer es la que recibe el beso, placentero para el hombre y vergonzoso para ella. Por más que los jurisconsultos o expositores de la Ciencia opinen que esta puede ser la razón de que la mujer, y no el hombre, adquiera por el beso, y por más que así se consigne en la ley citada, nosotros opinamos que ni al establecerse la diferencia por Constantino, ni al adoptarse por Alarico, ni al ratificarse por Recesvinto, pudo ser la indicada la razón diferencial, porque nos repugna decir eso de que la mujer no da, sino que recibe el beso, y también que, si se supone ilícito el acto de besarse, se le concedan efectos en favor de la persona que del acto participa. En la corrupción romana aun podría admitirse el supuesto de la ley de Partida; tampoco tendremos inconveniente en concederlo con relación

a la época misma de las Partidas: la malicia puede hacer que un acto inocente en sí llegue a considerarse ilícito, pero en la pureza de las costumbres godas creemos que no cabe otra razón que la que en su lugar dejamos expuesta, a saber: la de considerarse el ósculo lícita consumación del contrato de esponsales y la de querer favorecer a la mujer en compensación de las mayores cargas que sobre ella produce el matrimonio.

La propiedad de las donaciones esponsalicias en el concepto expresado, es decir, verificada la condición que en sí llevan respecto de la mitad y de la mujer, interviniendo el ósculo, corresponde al donatario, y así terminantemente se confirma en la ley 7.ª, título 11, Partida 4.ª, que dejamos copiada en el capítulo de las dotes, pero, según sus mismas prescripciones, aunque el marido debe poner en posesión de las que da a la mujer, a él mismo pertenece la administración de los bienes que las constituyen, sin que pueda enajenarlas, a no ser que consistan en cosa apreciada, en cuyo caso se constituye en mero deudor, responsable a la devolución de la cantidad con todos sus bienes. En este punto tenemos que recordar toda nuestra doctrina sobre parafernales y sobre la garantía hipotecaria. Si el marido consiente en que la mujer administre el todo o alguna parte de las donaciones esponsalicias, perciba sus productos y disponga de ellos a su voluntad, resultarán verdaderos bienes parafernales; de lo contrario, la administración y percepción de productos corresponderán al marido, con obligación de dedicarlos al levantamiento de las cargas del matrimonio. No puede decirse en todo rigor jurídico que a la mujer corresponda la hipoteca legal sobre los bienes del marido en garantía de la devolución de los bienes inestimados en que consistan las donaciones *propter nuptias*, y la razón consiste en que no la necesita, pues siendo dueña, como lo declara la ley, cuando llegue el caso en que deban serle devueltas, podrá reclamarlas contra cualquiera poseedor en cuyo poder se encuentren, podrá, en una palabra, vindicarlas; y nótese con qué admirable precisión se usa este verbo en la ley de Constantino. Mas respecto a las que

hayan sido estimadas o consistan en dinero, y asimismo a la estimación que haya lugar a reclamar por desperfectos en los bienes inestimados, a la mujer no creemos que pueda negársele su acción hipotecaria, si bien la cuestión que sobre ello puede suscitarse para lo sucesivo, y conforme a la reforma introducida por la reciente ley, difícilmente puede tener lugar. Es preciso tomar en cuenta, acerca de todos estos particulares, que para aplicar las disposiciones jurídicas en todo su rigor, hay que considerar con la conveniente distinción los conceptos determinativos en que se hayan hecho las donaciones, porque entre los que tratan de casarse, y antes de formalizar los contratos o capitulaciones matrimoniales, suelen mediar regalos, obsequios mutuos de más o menos valor, y en mayor o menor proporción al estado o fortuna de los contratantes. Puede también suceder que las demostraciones de cariño, que esos mismos regalos tengan lugar, y no sean consignados en los mismos contratos o capitulaciones matrimoniales: en el curso de nuestro trabajo nos encontraremos con leyes que llegan hasta el último término de la modificación del concepto, pero es preciso reconocer que no hay ninguna que prohiba las donaciones entre personas que por ningún vínculo estén ligadas entre sí, y, por consiguiente, que todo cuanto el hombre a la mujer, o la mujer al hombre, regale o dé espontáneamente, sin expresar que es por causa de matrimonio o sin consignarlo en las capitulaciones matrimoniales, debe considerarse fuera de todas estas prescripciones legales, como simples donaciones, y, reconocida la facultad del donante, porque le corresponda la libre disposición de sus bienes. debe también reconocerse la adquisición del donatario, fundada en una transferencia tan eficaz como otra cualquiera.

Es también muy de notar que en la legislación alfonsina no se pusiera tasa alguna a las donaciones *propter nuptias*. La causa de la omisión pudo consistir: o en que en aquella época no fueran frecuentes las prodigalidades en este concepto, o en que en el de los autores de aquel Código influyera la idea de parificar estas donaciones con

las arras, y, por consiguiente, las creyeran sujetas a las mismas limitaciones que sobre las arras existían, sin necesidad de confirmarlas en sus leyes. No puede rechazarse esta segunda razón, puesto que, según ya hemos visto en la ley 2.ª, título 11, Partida 4.ª, definen las donaciones «esponsalicias», empezando por comprenderlas en la denominación de arras. Sea, pues, la razón una u otra, o sean las dos, la verdad es que, en tiempo de las leyes de Toro, se consideró ya preciso tasar en cierto modo las donaciones *propter nuptias*, y por la 54, que es la 3.ª, título 3.º, libro 10, de la N., se estableció que «qualquier esposa, ora sea de presente, ora sea de futuro, suelto el matrimonio, gane (si el esposo la hubiere besado) la mitad de todo lo que el esposo la hobiere dado antes de consumado el matrimonio, ora sea precioso ó no, y si no la hobiere besado, no gane nada de lo que la hobiere dado, y tornese á los herederos del esposo; pero si qualquier de ellos muriere despues de consumado el matrimonio, que la muger y sus herederos ganen todo lo que, seyendo desposados, la hobo el esposo dado, no habiendo arras en el tal casamiento y matrimonio; pero si arras hobiere, que sea en escogimiento de la muger, ó de sus herederos, ella muerta, tomar las arras ó dexarlas, y tomar todo lo que el marido la hobo dado, siendo con ella desposado, lo qual haya de escoger dentro de veinte dias despues de requeridos por los herederos del marido, y si no escogieren dentro del dicho termino, que los dichos herederos escojan».

En esta ley vemos confirmadas muchas de las ideas que dejamos emitidas, porque puede decirse que es la recapitulación de todo lo que en las anteriores resultaba establecido, tanto respecto de las arras como de las donaciones esponsalicias, y la refundición de unas y otras para llegar a determinar la materia, fijando las divergencias del derecho romano, copiado en las Partidas, y del visigodo, que preponderaba en el Fuero Real. Desde luego se nota en ella la verdadera distinción entre las donaciones esponsalicias y las arras y la primera idea de considerarlas unidas o en conjunto para fijar la tasa de las unas por las otras. Ha-

bíase llegado a suponer que el varón podía dar a la mujer donaciones esponsalicias y arras, y en esta ley se determina que sólo pueda darle eficazmente una de las dos cosas, si bien la elección, cuando material y formalmente le haya dado las dos, se concede a la mujer, o a sus herederos, como derecho transferible por herencia. Resuélvese también la duda, que algunos proponían, acerca de si el ósculo, causa de la adquisición de la mujer, y para que produjera los efectos de la adquisición de la mitad, debía ser posterior a los esponsales, o si debía concedérsele lo mismo cuando a ellos hubiese precedido, resolviéndose que el verdadero concepto se refiere a tiempo posterior, ya porque de todo su espíritu así se infiere, ya también porque en su literal contexto se observa que la ley parte desde su principio del supuesto de que los esponsales existan, empezando con las palabras «qualquier esposa», y diciendo después, al determinar la adquisición de la mujer por la consumación del matrimonio, «que ella y sus herederos ganen todo lo que seyendo desposados la hubo el esposo dado». En esto, por lo tanto, encontramos la confirmación de lo que ya dejamos repetido, respecto de que en nuestro derecho se ha considerado lícito el ósculo entre los esposos, porque si hubiera de adoptarse como razón suficiente la expuesta en la ley de las Partidas, ninguna se encontraría para distinguir los efectos del beso dado antes o después de los esponsales. Concluye la ley fijando el término en que la mujer, o sus herederos, hayan de optar, o por las arras, o por las donaciones esponsalicias: veinte días desde que fueren requeridos por los herederos del marido, y trasladando a éstos el término de elección si en el concedido a los otros no expresan su voluntad; y aun en esta última parte se confirma la idea de que las donaciones esponsalicias se refieren también a tiempo posterior a los esponsales, o, cuando menos, al acto de contraerlos, pues terminantemente se dice que los herederos de la mujer podrán tomar las arras, o dejarlas, y tomar todo lo que el marido la hubo dado, siendo con ella desposado.

Esta manera de tasa, ordenada por la ley 52 de Toro,

apareció muy pronto ineficaz, porque, no estando tasado lo que el varón podía dar a la mujer fuera del concepto de las arras, resultaba que en el de donaciones esponsalicias podía darle cuanto quisiera; y como a la mujer y sus herederos quedaba la facultad de eleccion, sencillamente podía eludirse la idea de la ley. A evitar esto vino la dada por D. Carlos y D.ª Juana en 1534, y por D. Felipe II, a petición de las Cortes de Madrid de 1573, que es la 6.ª, título 3.º, libro 10, de la N. En ella se expone el desorden y daños de las dotes y donaciones esponsalicias excesivas, y respecto de estas últimas se dice: «Y porque los que se desposan ó casan suelen dar, al tiempo que se desposan ó casan, á sus esposas y mugeres joyas y vestidos excesivos, y es cosa necesaria que asi mismo se ordene y modere, mandamos que de aqui adelante ninguno, ni alguno de estos nuestros Reynos. que se desposaren ó casaren, no pueda dar ni dé á su esposa y muger en los dichos vestidos y joyas, ni en otra cosa alguna, mas de lo que montare la octava parte de la dote que con ella recibiere: y por que en esto cesen todos los fraudes, mandamos, que todos los contratos, pactos y promisiones que se hicieren en fraude de lo susodicho, sean en si ningunos y de ningun valor ni efecto.» Esta misma limitación se repitió por la ley dada en 1623, 7.ª del mismo título, que, después de confirmar la anterior en todas sus partes, dice «que ninguna persona, de qualquier estado, calidad ó condicion que sea, pueda dar ni dé á su esposa y muger en joyas y vestidos, ni en otra cosa alguna, mas de lo que montare la octava parte de la dote que con ella recibiere, declarandolo por ningunos y de ningun valor ni efecto los contratos, pactos ó promesas que de otra manera se hicieren, y por perdidas las cantidades ó cosa en que se excediere, y aplicadas por el mismo hecho a la Real Casa». Por último, en 1723 se expidió otra pragmática, cuyo capítulo 25 forma la ley 8.ª del mismo título, y en él se mandó «que precisamente todos los gastos que se hicieren, de cualquiera calidad que sean, con motivo de las bodas, se deban comprehender y comprendan sin exceder en manera alguna

en la octava parte de las dotes que se constituyeren al tiempo de los matrimonios, segun las reglas prescriptas por las dos precedentes».

La insistencia de los legisladores en la repetición de estos preceptos demuestra la generalidad de la costumbre existente, en oposición a ellos mismos. En los considerandos de las mismas leyes claramente se ve que la idea no es otra, pero por poco que se pare la atención sobre los medios adoptados para realizarla, se comprende que ni fueron muy conducentes al fin, ni podían ser completamente eficaces, porque siempre que se arraiga la costumbre, suelen valer poco para destruirla los medios directos, los preceptos prohibitivos. La tasa establecida para las donaciones esponsalicias, considerada en sí misma, vendría a resultar monstruosa, porque su establecimiento estaría en abierta oposición a la equidad. Cuando el esposo tuviera pocos bienes y la esposa muchos, el pobre, en relación a su fortuna, podría dar mucho, y en el supuesto contrario, el rico podría dar poco, hasta el punto de que, cuando la esposa nada tuviera, nada podría darle el esposo. Este inconveniente se destruye con la facultad de dar arras, pero en esta solución se encuentra necesariamente otra dificultad. Las arras no pueden exceder de la décima parte de los bienes del que las da: la octava parte de la dote puede ser más que la décima parte de los bienes del varón, y estando a su voluntad optar por la una o por la otra, viene a resultar que las leyes que parecen restrictivas de la facultad del donante son verdaderamente, y por el contrario, extensivas. Además, toda ley determinante de una tasa, necesariamente se opone a la voluntad de los contratantes, a la libertad del contrato, y, naturalmente, induce al deseo de salvarse de la traba: no es extraño, por consiguiente, que semejantes disposiciones, en lugar de producir el fin que con ellas se proponían los legisladores, sostuvieran y hasta fomentaran la costumbre que con ellas se trataba de destruir. Y tal ha sido el resultado, hasta que las ideas han variado; y con la variación se han hecho innecesarias las prescripciones legales, han estado en constante lucha las leyes con

las costumbres, siempre excogitándose medios de eludir el mandato con éxito favorable. En el día puede decirse que todas esas leyes, que indudablemente fueron de circunstancias, han venido a caer en desuso, y raros, rarísimos, serán los casos prácticos que por ellas hayan de decidirse. Sin embargo, vigentes están, forman parte de nuestra legislación, y, por más defectuosas que se consideren, puesto que no han sido derogadas, respeto merecen, y deben ser observadas hasta que legítimamente vengan a quedar abolidas. Para concluir, y considerando, según al principio de este capítulo hemos dicho, la relación en que se encuentran las arras con las donaciones esponsalicias, expondremos lo que en nuestro concepto debería establecerse, en lugar de esas disposiciones taxativas. Podría considerarse lícito todo lo que, tanto el esposo a la esposa como la esposa al esposo, se dieran en cuanto no llegara a perjudicar el derecho de legítimas o herencias forzosas, cualquiera que fuera el concepto o denominación bajo el cual la donación se estableciese.

SECCIÓN QUINTA

DE LAS DONACIONES «PROPTER NUPTIAS»

Diferencia entre las donaciones *propter nuptias* romanas y las de nuestro derecho.—Invención por Justiniano de la fórmula romana.—Doctrina de las Partidas, leyes de Toro y Recopilada que tratan de ellas.—Tasa de las donaciones.—Bienes de que deben sacarse.

No hemos podido prescindir, al ocuparnos en las arras, de adelantar algunas ideas acerca de lo que constituye la materia de este capítulo. Teníamos allá que fijar la verdadera significación que en nuestro derecho tiene esta palabra; y como en la legislación de las Partidas la encontrábamos asimilada a lo que en el derecho romano se significaba con la fórmula de donaciones *propter nuptias*, nos vi-

mos obligados a indicar las sustanciales diferencias de una idea a otra, para poder llegar a determinar la que en aquel lugar era objeto de nuestro examen. Ahora tenemos que consignar y explicar otra mayor diferencia, pues en nada, absolutamente en nada, se parece lo que los Romanos llamaban donaciones *propter nuptias* a lo que en nuesto derecho se significa con las mismas palabras. Para llenar nuestro propósito, naturalmente se hace preciso presentar con toda claridad los dos objetos, pues este será el medio mejor de fijar su diferencia.

La fórmula de donaciones *propter nuptias* fué creada, inventada por Justiniano, según él mismo explica en el párrafo 3.º, título 7.º, libro 2.º de sus *Instituciones*. Dice que entre los antiguos apenas eran conocidas las donaciones antenupcias; que después fueron introduciéndose, y se reducían a lo que el varón, antes de contraer el matrimonio, daba a la mujer, siempre condicionalmente de que el matrimonio se realizara, y que, por ser dado antes del matrimonio y nunca después, se llamaban antenupcias; que su padre Justino fué el primero que permitió hacer, después de contraído el matrimonio, esta especie de donaciones, con motivo de haberse aumentado también, después del matrimonio, la dote de la mujer; que de aquí resultaba un defecto en el modo de expresar, pues no podía considerarse bueno el de donaciones antenupcias para significar las que se hacían o podían hacerse después; que tratando de evitar estos inconvenientes y de fijar en lo posible la materia, establecía que semejantes donaciones, no sólo pudieran hacerse y aumentarse antes, sino también, del mismo modo que la dote, después del matrimonio, y, por lo tanto, que se llamaran *propter nuptias*. Esta explicación y determinación de Justiniano se encuentra en completa armonía con las leyes 19 y 20, título 3.º, libro 5.º de su Código, con su Novela 97, en los capítulos 1.º y 2.º, y también con la 119.

Examinadas todas estas disposiciones legales, se nota que la idea de las donaciones *propter nuptias* se refiere siempre a la de dote, es decir, que constantemente aparece el supuesto de que las donaciones del marido vengan a re-

munerar lo que la mujer le transfería. Y de aquí la verdadera concordancia de las leyes 1.ª y 2.ª, título 11, Partida 4.ª, en cuanto la 2.ª dice «que una de las maneras de arras es lo que dá el marido á la muger por razon de la dote que recibio della, asi como de suso digimos, refiriendose á lo que en la primera se declara de que las dotes e las donaciones que faze el marido á la muger, e la muger al marido, se pueden fazer ante que el matrimonio sea acabado, ó despues. E deben ser fechas egualmente: fueras, ende, si fuese costumbre usada de luengo tiempo en algunos lugares de las fazer de otra manera. E si por aventura, despues que el matrimonio fue acabado, el marido quisiere crescer la donacion á la muger, o la muger la dote al marido, puedenlo fazer egualmente, asi como sobre dicho es.» En estas dos leyes, por lo tanto, se encuentra comprendida toda la materia de las donaciones *propter nuptias* aportada al Código alfonsino de la legislación romana. A mayor abundamiento, puede verse la ley 87, título 18, Partida 3.ª, en la cual se expresa la forma de la escritura en que se solemnicen estas donaciones, y de todo ello resulta que siempre aparece la donación *propter nuptias* con referencia a la dote, y por eso Godofredo, al glosar los textos romanos, dijo perfectamente que, más bien que *propter nuptias*, debían llamarse *propter dotem:* consideración completamente aplicable, por las mismas idénticas razones, a lo que resulta de las leyes de las Partidas.

Con esto, y con lo que dijimos al tratar de las arras, creemos que basta para que pueda comprenderse con la necesaria extensión todo lo que en la legislación alfonsina eran las donaciones *propter nuptias*, llamadas en aquellas leyes arras, y que, verdaderamente, en nuestro derecho patrio nunca se han reconocido, de modo que no puede decirse con exactitud que hayan dejado de existir. Nuestras arras han sido otra cosa, y por más que los conceptos hayan llegado a confundirse, por la confusión producida en las palabras, una vez determinadas con la debida distinción, todo aparece claro y expedito, en términos de que, conocido lo que se comprendía en la legislación de las Partidas, para

separarlo, con el objeto de que no venga a involucrar lo que en nuestro verdadero derecho patrio se expresa con la misma fórmula, nada más fácil y sencillo que el llegar al término apetecido. Las donaciones *propter nuptias* no son lo que con esas palabras significaban los Romanos ni lo que las leyes de las Partidas llamaban arras; en nada se parecen. Puede decirse, no sólo que son distintas, sino hasta que expresan una idea contraria, pues son las que se hacen al esposo, o al marido, antes o después del matrimonio, no por la mujer, sino por otro cualquiera, en consideración al mismo matrimonio y para levantar las cargas que le son anejas.

Dos son las leyes que en este concepto tratan de las donaciones *propter nuptias*, explicando y determinando todo cuanto cabe acerca de ellas: la 29 y la 53 de Toro, 4.ª y 5.ª, aunque en el orden inverso, título 3.°, libro 10 de la Recopilación. Excusamos, por ahora, el copiarlas, en razón a que más adelante tendremos que hacerlo, cuando tratemos de las mejoras y herencias forzosas, pero no podemos excusar el consignar en este lugar lo que en ellas se encuentra con respecto a las donaciones *propter nuptias*. No pueden exceder de aquello que el donatario pueda recibir del donante, sin perjuicio de las legítimas o herencias forzosas; por manera que si el donante es padre o madre del donatario, a lo que más pueden ascender es a lo que importe su legítima, el tercio y quinto de los bienes del donante, y si este es un extraño y tiene descendientes o ascendientes, la donación tendrá que limitarse al quinto, en el primer caso, y al tercio, en el segundo.

De este modo, y en concordancia con todas las demás leyes que determinan las herencias forzosas y las mejoras, resulta establecida la tasa de las donaciones *propter nuptias*, y a esto puede reducirse lo que respecto de ellas se determina en la citada ley 29. La 53 tiene por objeto el determinar de qué bienes han de sacarse las donaciones *propter nuptias*. Declara que si el padre y la madre, mancomunadamente, las ofrecen, si en la sociedad conyugal hay gananciales, de ellos, en primer lugar, debe sacarse lo

necesario para cumplir la promesa, mas si gananciales no hubiere, o no llegaren a cubrir la totalidad, lo que falte debe ser satisfecho por mitad de los bienes correspondientes a los dos cónyuges. Si sólo el padre fuera el promitente y existen gananciales, de los gananciales, sin embargo, deben pagarse las donaciones *propter nuptias*, pero si no existen o no bastan, el déficit debe salir de los bienes del padre, y no de la madre.

No está demás advertir que, por lo que respecta a los bienes de que deben sacarse las donaciones *propter nuptias*, lo mismo, idénticamente que acerca de ellas, se determina acerca de las dotes, de modo que en estas leyes viene a completarse lo explicado sobre las dotes voluntarias y necesarias. Ya al tratar de ellas lo indicaremos, y ahora tenemos que repetir que todo esto no puede tener el debido complemento de exposición y explicación sino cuando se trate de las legítimas y mejoras.

SECCIÓN SEXTA

DE LOS GANANCIALES (1)

Concepto y razón de los gananciales.—Diferente constitución de la familia romana y de la goda. — División de la materia.

La constitución de la familia española fué, desde la invasión de los Godos, muy distinta de la romana: si esta proposición hubiera de probarse, bastaría al efecto considerar todo cuanto hemos tenido que exponer en los capítulos anteriores para explicar las dotes, arras, donaciones esponsalicias y *propter nuptias*, pero ni aun respecto de todas estas aparece tan plena la probanza como en la materia objeto del presente. Los de los anteriores, como, de un

(1) Artículos 1.392 a 1.444 del Código civil.

modo o de otro, entre los Romanos existían, pudieron mezclarse, produciendo modificaciones; y nada más natural que las doctrinas de una legislación influyeran en las de la otra, lo cual ha sido imposible, relativamente a los gananciales, por la sencilla razón de no existir en el derecho romano la idea que en el patrio se expresa con esta palabra. Tomándola en su sentido más lato, se comprende en ella lo que la sociedad conyugal adquiere mientras subsiste, y por lo mismo debe repartirse entre los socios o condóminos; y los Romanos no supusieron nunca que la sociedad adquiriera, y sí sólo el jefe de ella para sí, y, por consiguiente, sin tener que reconocer obligación de dividir. La mujer aportaba bienes al matrimonio; podía, después de casada, adquirir otros por herencia, donación o cualquiera otro título lucrativo; también podía adquirir aumento en los que le pertenecían por causas exclusivamente naturales, por incremento de los mismos, y todo ello debía serle devuelto a ella, o sus herederos, a la disolución del matrimonio; pero reconociéndose la suprema autoridad del marido, y deduciéndose de ella que la mujer nada por sí podía hacer, todo cuanto el marido aumentara por su trabajo, industria, administración y percepción de frutos, a él mismo se atribuía, y, levantadas las consiguientes cargas del matrimonio, consiguiente era que se le reconociera propietario de lo sobrante.

Los Godos pensaban de otro modo: no desconocían la superioridad del marido, pero tampoco la dignidad de la mujer, y la consideraban, más que como súbdita, como compañera, como socia: precisa era la diferencia; y fundada estaba en la moral, y hasta en la misma conveniencia de la sociedad, la participación que a la mujer concedieron en las ganancias, más específicamente llamadas gananciales, y en algunas legislaciones, ya generales, ya particulares, conquistas. Por más que se quiera suponer que el marido sea el adquirente, mientras dura la sociedad conyugal, es imposible desconocer la parte que la mujer necesariamente toma en la conservación de lo adquirido: no es más fácil conservar que adquirir; inicuo, por lo tanto, debe re-

putarse que la que toma parte para producir el resultado final no tenga derecho de participación en ese mismo resultado. Los cónyuges llegan a ser dos en una misma personalidad, constituyen la unidad en la misma dualidad: este santo fin, objeto del matrimonio, indudablemente resultaría contrariado tan pronto como se admitiera la contrariedad de intereses que no podría menos de resultar, si no se confundieran los del uno con el otro, para constituir también, respecto de ellos, la misma unidad, refundiendo en ella la dualidad. Privada la mujer de las ganancias, lejos de tener un motivo de procurarlas, lo tendría para rechazar toda economía, pues naturalmente había de inclinarse a gozar, gastando lo que economizando perdía; el marido se hallaría precisamente en una posición contraria, y la contrariedad resultante conocidamente repugna a los altos fines morales y sociales del matrimonio. No es, pues, dudoso, entre los dos sistemas, cuál debe ser el preferido: afortunadamente, el mejor es el que se encuentra generalizado en nuestra España, y hasta con la ventaja de que no sea tan estricto que haya de reconocerse como absoluto, sin admitir ninguna posibilidad de excepción, como llegará a demostrarse en el curso de nuestro trabajo.

Éste se reducirá al examen de las leyes concernientes a la materia, empezando por las primitivas góticas españolas y siguiendo por el orden cronológico, para facilitar la explicación de las modificaciones que las posteriores han ido introduciendo; casi por completo tendremos que prescindir de la legislación alfonsina, porque, siendo imagen y semejanza de la romana, muy poco es lo que en ella se encuentra que se roze con la materia, para cuya exposición, sin faltar al indicado orden cronológico, procederemos examinando: 1.º Los bienes que deben tenerse por gananciales; 2.º Los respectivos derechos que sobre ellos competen a los cónyuges; 3.º Las causas por las cuales se destruyen estos derechos o se pierden los gananciales, y 4.º Liquidación de las ganancias. Esta división no puede ser rigurosamente exacta, porque en muchas de las leyes que tendremos que considerar se encuentran confundidos

sus extremos y supuestos, pero, esto no obstante, siendo lo cierto que no encontramos método que más nos satisfaga, procuraremos realizarlo hasta donde nuestras fuerzas alcancen.

§ I

De los bienes que deben considerarse como gananciales.

La ley fundamental en la materia es la 17, tít. 2.°, libro 4.° del Fuero Juzgo. — Caracteres de la ley del Fuero y clase de personas a que se extiende.—Relación de los conceptos gananciales y sociedad legal. — División de las ganancias según dicha ley. — Variaciones posteriores. —Facultad de pactar acerca de las ganancias, reconocida por la ley de Partidas. — Necesidad de la vida en común para adquirir las ganancias. — Bienes ganados, comprados o adquiridos por industria. — Bienes adquiridos por retracto. — Bienes adquiridos por herencia o donación. — Frutos de los bienes gananciales. — Significado de la palabra *frutos*.— Relación de la percepción de frutos con el tiempo y las expensas. — Frutos de los bienes parafernales. — Aclaraciones de las Cortes de Nieva respecto a la adquisición de frutos. — Mejoras en los bienes de cada cónyuge o de los dos. — A quién corresponde el aumento, según la clase de mejora. — Mejoras realizadas por trabajos agrícolas. — Abono de las expensas en este caso. — Mejoras por edificación. — Cómo debe considerarse el aumento de valor por lo edificado. — Duda derivada del texto legal. — Solución racional. — Principio sentado por la ley del Estilo respecto a la prueba de los bienes que se estiman gananciales. — Confirmación por la ley del Estilo de nuestra opinión respecto al abono de lo edificado. — Tiempo o momento a que debe referirse la liquidación de gananciales.

La ley 17, título 2.°, libro 4.°, del Fuero Juzgo, es la que en este Código determina los supuestos, preceptuando todo lo fundamental concerniente a la materia. Dice así: «Quantoquequier que el marido sea noble, si se casa con la muger cuemo deve, e viviendo de su uno ganan alguna cosa, ó acrecen, si alguno dellos fuere mas rico que el otro, de su buena e de todas las cosas que acreceren e ganaren en uno, tanto deve aver demas en aquello que ganaron en uno, quanto avie demas del otro en su buena: assi que si las buenas dambos semeian eguales, por poca cosa non tomen entencion. Ca de duro puede seer que sean asmadas tan egualmientre que non semeie que la una es meior que la

otra en alguna cosa. Mas si la una es mayor que la otra connoçudamientre, quanto fuere mayor, tanto deve aver mayor partida en la ganancia, assi cuemo es dicho de suso, cada uno despues de la muerte del otro, e puedelo dexar á sus fiios, ó á sus propinquos, ó á otri si quisieren. E assi lo dezimos de los barones cuemo de las muieres. E de las cosas que ganaron, de que fizieron amos escripto, aya cada uno tal partida cuemo dixiere el escripto. E si el marido ganare alguna cosa de algun omne estranno ó en hueste, ó quel dé el rey ó su sennor, ó sus amigos, devenlo aver sus fiios ó sus herederos despues de su muerte, ó puede fazer dello lo que quisiere. E otrosi dezimos de las muieres.»

Antes de proceder al examen de cada uno de los preceptos particulares que se comprenden en esta ley, conviene fijar su carácter y la clase dc personas a que se extendía su fuerza obligatoria. Respecto de lo primero, es indudable que aparece preceptiva, es decir, determinante de lo que preceptúa como forzoso, pero no en términos de que no pueda contrariarse ni eludirse por convención: sólo, por lo tanto, era aplicable a falta de pacto o contrato, si bien se consideraban sus preceptos implícita y forzosamente comprendidos en el contrato matrimonial, al cual claramente se refieren. Por lo que hace a lo segundo, según el texto castellano que dejamos copiado, parece que sólo se refiere a la clase noble, mas en el latino se expresa la idea con estas palabras: «Dum cuisqumque dignitatis aut mediocritatis mariti persona uxori fuerit nobiliter atque competenter adiuncta.» Y conocido el estado social de aquel pueblo, aparece con toda claridad el concepto de que el precepto de la ley se extiende a todas las personas libres, con tal que hayan contraído el matrimonio con las solemnidades que solían contraerlo los nobles. Otra de las condiciones requeridas como indispensables para que tuvieran aplicación los preceptos era, no sólo que existiera el matrimonio según ya queda indicado, sino que los cónyuges vivieran unidos en verdadera sociedad conyugal *(pariter viventes)*, hasta el punto que sólo se refiere a las ganancias o adquisiciones verificadas mientras la sociedad subsistiese. De

estos primeros supuestos se ha originado el llamar comúnmente a los gananciales sociedad legal: no puede oponerse a este modismo ningún grave inconveniente, y hasta puede reconocérsele la ventaja que siempre tiene el tecnicismo, y que principalmente consiste en comprender en una o pocas palabras la síntesis o el conjunto de algunos o de muchos conceptos. Sin embargo, como es posible, y hasta muy frecuente, la tergiversación de los términos técnicos, y como de ella suelen resultar gravísimas equivocaciones, conviene detener la consideración lo suficiente a determinar cómo y en qué concepto el modismo es exacto y expresa con rectitud la idea. Los gananciales, en sí considerados, ni son ni pueden ser sociedad legal: son bienes, cosas que se adquieren en determinados conceptos, y que, por lo mismo, se disfrutan y adjudican; la verdadera sociedad es la conyugal: ésta, como todas, en su origen es convencional, y lo que hay de verdad se reduce a que, dada existente la sociedad conyugal, son en ella condiciones precisas, por estar determinadas por las leyes, las reglas establecidas para la adquisición, disfrute, administración y adjudicación de los bienes que, mientras la sociedad subsista, ganen los socios. Comprendido así el modismo, ningún inconveniente ofrece el usarlo, y, antes bien, podrá producir las ventajas ya indicadas, siendo una de las principales la de expresar las ideas, del mismo modo que, en sus grandes obras, lo han hecho los maestros de la Ciencia.

Viniendo ya a la determinación concreta, resulta de la ley copiada: Primero: que las ganancias deben dividirse en proporción o a prorrata de lo que cada uno de los cónyuges haya aportado a la sociedad; segundo: que la mujer adquiría su parte, ya muriera antes de su marido, ya después, debiendo pasar, en el primer caso, a sus herederos, y pudiendo disponer de ella, a la disolución del matrimonio, con plenitud de derecho, como de cualesquiera otros bienes que por cualquier otro título le perteneciesen; tercero: que, contra lo preceptuado por la ley, como ya hemos indicado, pudiera establecerse convención escrita, la cual existiendo, fuera cumplida en todo cuanto se refiriera a la ad-

quisición de lo ganado; cuarto: que las adquisiciones que cada uno de los cónyuges hiciera por título procedente de algún estraño, o en hueste, o por donaciones reales o de su señor, no entraran a formar parte de las ganancias, y sí se consideraran propios del adquirente, pudiendo disponer de ellos con libertad, y debiendo pasar a sus herederos, después de su muerte. Acerca de lo ganado en hueste trata con más extensión la ley 16 del mismo título, declarando que si el marido gana alguna cosa con los siervos de la mujer, ésta no puede demandar participación en la ganancia, ni en vida, ni después de la muerte del marido, porque éste, teniendo sobre ella poder, según las Sagradas Escrituras, también lo tiene sobre sus siervos y sobre todas las cosas que con ella ganara en hueste, y porque así como es responsable al resarcimiento de los perjuicios que los siervos causaren, debe disfrutar el beneficio que con los mismos siervos reportare. Respecto de las donaciones reales, en todas las leyes posteriores veremos explicada, pero confirmada, la misma idea. Lo mismo puede decirse acerca de la propiedad de los bienes adquiridos por gananciales; de modo que la verdadera variación que se ha introducido en esta materia, desde la primitiva legislación visigoda hasta nuestros días, consiste únicamente en que, en lugar de dividirse las ganancias a prorrata, se dividan por mitades completamente iguales.

Esta variación indudablemente debió irse introduciendo por costumbre, y es la que puede tomarse por primer período de la reconquista. De consuetudinario pasó a ser derecho escrito, consignándose en muchos fueros especiales, y no con completa uniformidad, pues en algunos la mancomunidad llegaba a ser universal, comprendiendo todos los bienes que cada cónyuge aportaba a la sociedad conyugal; de modo que, a su disolución, todos se dividían por mitad. Pero la división que hoy mismo se observa, y el modo de considerar los bienes a ella sujetos, fué la más común, y puede tenerse por general desde que se consignó en el capítulo 1.º, título 1.º, libro 5.º, del Fuero Viejo de Castilla. Suponen unos que fué tomada del de Nájera, y otros que

del Ordenamiento de los Fijosdalgo; como en las dos fuentes se observa la misma identidad de la idea, y como, no sólo de las dos, sino de otras varias, pudo haberse tomado, creemos excusada la disputa: la verdad es que en la ley III del citado Ordenamiento se encuentran todas las prescripciones del indicado capítulo, en el cual, después de determinar acerca de las arras, declara lo que la mujer debe sacar a la disolución de la sociedad conyugal, entre lo que comprende la meitat de todas las ganancias que ganaron en uno. En el capítulo 7.º del mismo título, terminantemente se declara que si el marido vende algún heredamiento, es decir, bienes raíces de su mujer, y con el precio de la venta adquiere otros bienes raíces, manifestando la negociación ante testigos, los adquiridos deben pertenecer a la mujer, y que lo mismo debe determinarse respecto del marido, el cual adquiere para sí los bienes que compra con el precio de la venta de los que le pertenecían. Ocasión tendremos, en el curso de nuestro trabajo, de ocuparnos en esta doctrina, cuando lleguemos a examinar las leyes posteriores, pero no queremos prescindir de consignarla en este punto, para poder fijar que tuvo ya origen, cuando menos, en el mismo Ordenamiento de Fijosdalgo, de donde está tomada o trasladada al Fuero Viego. Conviene también notar como del mismo origen la facultad, reconocida al marido en el capítulo 8.º del mismo título, para enajenar todos los bienes gananciales, sin que a ello pueda oponerse la mujer, aunque en la adquisición haya ella intervenido, porque de todo esto resulta el conocimiento de los orígenes de las disposiciones vigentes, que no puede menos de considerarse muy conducente a su recta inteligencia y aplicación.

En la legislación alfonsina nos encontramos con la divergencia en los supuestos que no podía menos de resultar de la diferencia en los objetos que tuvieron los cuerpos legales formados por el Rey Sabio. El principal de ellos, el que por excelencia suele llamarse Código Alfonsino, las Partidas, ya hemos dicho que casi por completo omiten la materia: sin embargo, en la ley 24, título 11, de

la 4.ª, se reconoce la facultad de pactar acerca de la manera en que hayan los cónyuges lo que ganaren de consuno, y se establece que, a falta de pacto, deben sujetarse a las costumbres del lugar en donde se casaron, y no de otro, aunque a él, durante el matrimonio, se hayan trasladado, compendiándose, por decirlo así, en esta regla general la confirmación de todo lo que sobre gananciales estaba en observancia, sujetándolo, no obstante, a la voluntad expresa de los contratantes, puesto que, con preferencia a todo, debe estarse a lo pactado. También en el Espéculo resalta la misma idea, pues en la ley 39, del título 12, libro 4.º, aparece un a manera de formulario de convención matrimonial, en el cual se dice: «Que hayades vuestra parte en cuanto Dios nos diere á ganar de aqui adelante e mejoraremos en nuestro aber. E debe hi nombrar todo lo que a el marido, e otrosi, lo que a ella, tan bien mueble como raiz. E debe poner las arras della con lo al que habie ante, para saber quanto habie cada uno el dia que fizieren su casamiento, por que si alguno dellos moriere, mas ciertamente puedan saber sus herederos quanto debe aber cada uno en las ganancias.» Por último, en el Fuero Real, como Código verdaderamente español, llegaron, a establecerse las reglas iniciadas en el Fuero Juzgo y esparcidas en los Fueros especiales, y que como son hoy vigentes, con muy leves modificaciones, o más bien explanaciones y determinaciones, de sus máximas, requieren particular detención, y deben servir de verdadero fundamento para la exposición de la materia.

La ley 1.ª, título 3.º, libro 3.º, del Fuero Real (1.ª, título 4.º, libro 10, de la N.), dice así: «Toda cosa que el marido y muger ganaren ó compraren, *estando* de consuno, hayanlo ambos por medio; y si fuere donadio de Rey ó de otro, y lo diese á ambos, hayanlo marido y muger; y si solo lo diere al uno, hayanlo solo aquel á quien lo diere.» Esta ley, en su original, dió motivo a cuestiones que vinieron a resolverse aclarándose el concepto con sólo añadir la palabra que hemos subrayado. Sin ella aparecía que la ganancia o compra, para dividirse por medio, debía ser hecha

por ambos cónyuges mancomunadamente; de modo que, por contrario sentido, resultaba hacerse de cada uno de ellos lo que por sí sólo ganara o comprara. Antes de corregirse la ley, se admitió ya como verdadero espíritu de la misma lo que de la corrección resulta, y, en la forma que ahora se presenta, no puede ya caber duda de que la frase «estando de consuno» significa constante la sociedad conyugal, y, por consiguiente, viviendo unidos los cónyuges.

En la ley se expresan, como causas para que los bienes sean gananciales, el que hayan sido ganados o comprados, y es preciso fijar los supuestos que se encierran en estos dos verbos. En el de ganar no puede dudarse que se comprende todo lo que procede de industria o cuidado, extendiéndose también la idea industria a todo lo que sea cultivo: por manera que todo aquello para cuya adquisición no intervenga acto alguno trabajoso, ni acción practicada con ánimo deliberado y fin propuesto, no debe comprenderse en la idea de ganancia; y así es que en la misma ley se declara que lo adquirido por donación del rey o de otro, se hará del donante, ya sea éste el marido, ya la mujer, y sólo de los dos cuando los dos lo sean.

Por lo que hace al verbo comprar, ya se hace preciso, para determinar el espíritu de la ley, acudir a considerar las complicaciones que pueden resultar de los supuestos. Si el dinero con que la cosa se paga pertenece a la sociedad porque durante la sociedad se ha ganado, indudablemente a la sociedad deberá pertenecer como gananciales lo que con la entrega del dinero se ha adquirido, pero la dificultad aparece tan pronto como llega a tenerse que determinar de quién debe ser la cosa adquirida con dinero propio de uno de los dos cónyuges. Grandes han sido las disputas sostenidas por los autores, con el objeto de decidir acerca de este punto: nosotros creemos que todos los supuestos que en ella se han mezclado pueden comprenderse en una distinción, y que, tomándola por método, se llega al término apetecido. O el dinero procede de venta de alguna cosa, o ha sido adquirido por título lucrativo: si lo primero, lo adquirido con él debe atribuirse al propietario

de la cosa vendida; si lo segundo, debe hacerse de la sociedad, si bien sacando el propietario de ella exclusivamente la cantidad que en la compra se invirtió. Fundámonos, para asentar lo primero, en leyes que así lo determinan, ya directamente, ya para casos de perfecta analogía. La ley 11, título 4.º, libro 3.º del Fuero Real, dice terminantemente: «Si estando el marido con la muger cambiaren heredad que sea del uno dellos, los otros esquilmos de aquella heredad que fue cambiada hayanlos por medio: e la heredad sea de aquel cuya era la otra por que fue fecho el cambio. Otrosi, si estando en uno, vendieren heredad que sea del uno dellos, y del precio de la heredad comprasen otra, los esquilmos della sean de amos comunalmente, e la heredad sea de aquel de cuya heredad fue fecha la compra.» No puede estar más clara y terminante la ley; forzoso es, por lo tanto, sujetarse a su criterio de autoridad, mucho más cuando también se encuentra conforme al de razón: la cosa adquirida por permuta, o que exactamente se ha sustituído a la vendida, debe pertenecer al dueño o propietario de la por estos medios enajenada. Todavía puede decidirse también por texto expreso una modificación en el supuesto, y que, aunque indirectamente, viene a confirmar la doctrina. Declara la ley 49, título 5.º, Partida 5.ª, que aquel que, en su propio nombre, compra con dinero ajeno, hace suyo lo que adquiere; determina algunos casos de excepción, y entre ellos dice: «O si fuessen los dineros de la dote de alguna muger, e su marido con voluntad della fiziesse la compra. Ca en tales casos, magüer el comprador compre la cosa en su nome, gana el señorio della aquel cuyos eran los dineros que fueron pagados por el precio della. Pero en su escogencia es, de cada vno dellos, de tomar la cosa comprada, o los dineros, qual mas quisiere.» Ese precepto legal, como concerniente al sistema dotal, no puede menos de considerarse parte del mismo, y, por lo tanto, aplicable, aunque para ello fuera necesario admitirlo como exención.

Pero forzoso es reconocer que todas estas leyes son taxativas, o, si se quiere, determinantes de casos excepciona-

les que, lejos de destruir, confirma la regla general, y que ésta es: que se hacen de la sociedad, que son gananciales, todos los bienes que, constante la misma sociedad, se compran; y con esto llegamos al examen del segundo miembro de la distinción. Si el dinero con que se compra no procede de venta, aunque sea exclusivamente de uno de los cónyuges, lo comprado pertenece a la sociedad. Respecto de este punto difieren por completo los autores: la razón más fundamental de los que impugnan nuestra proposición se reduce a querer hacer extensivas las leyes que hemos dicho son taxativas, refundiendo todos sus argumentos en la suposición de ser exactamente lo mismo tener una cantidad, que la finca que la represente. La suposición es errónea, porque precisamente la contraria es la exacta: en todo negocio, en todo contrato, siempre se procede proponiéndose una ganancia; nunca se supone que el que hace, que el que trabaja, obra sin un fin de lucro, sin aspirar a una ganancia. En el contrato, pues, de compraventa es preciso suponer, para adquirir, una cosa por precio; como no puede prescindirse de la idea de acción y de trabajo, indispensablemente hay que reconocer la de lucro, y en todo lo que haya lucro, en todo lo que haya ganancia, los cónyuges deben tener igual participación, al mismo tiempo que igual pérdida, si en el negocio resulta fallido el cálculo. La regla general, por lo tanto, consignada en la ley, y conforme a la razón, es que todo lo que los cónyuges compraren sea de la sociedad y constituya gananciales: las excepciones de esta regla consisten en lo que se adquiriere por permuta o con dinero procedente de la venta de bienes que pertenecían a uno de los cónyuges; y así se comprende perfectísimamente toda la extensión de la ley de Partida, en la cual, para salvar la integridad de la dote, se concede a la mujer el beneficio de estar a las ganancias y no a las pérdidas, pues no otra cosa significa la facultad de elección entre la cosa comprada con el dinero dotal o la cantidad invertida en la compra. No es lo mismo, no, la cosa que el precio, porque no sólo se diferencian materialmente, sino que puede resultar también notable diferencia

en el valor: las leyes, pues, que aparecen parificándolas en casos determinados deben tomarse siempre en sentido excepcional taxativo; de lo contrario, resultaría el que se convirtiera el concepto hasta el punto de destruirse. Admítase que lo que se compra con dinero de uno de los cónyuges, cualquiera que sea su procedencia, a quien el dinero pertenecía debe corresponder, y la ley que venimos examinando queda reducida a puramente excepcional, pues tan sólo significará que se hagan de la sociedad las cosas que con dinero de la sociedad se compren.

Otra excepción admiten, sin ninguna contradicción, los autores, y, en efecto, debe admitirse como fundada en la recta razón y verdadera equidad. Consiste en que se haga del adquirente lo que se adquiere por retracto, aunque el precio se pague con dinero perteneciente a la sociedad, abonando, en este caso, a la misma el tanto, o al otro cónyuge la mitad. El retracto es un derecho concreto a la persona que retrae sin participación de su cónyuge, y, por consiguiente, siendo el fundamento de la adquisición propio y exclusivo, el mismo carácter que la causa tiene debe atribuirse a su efecto. Además, su razón consiste, o en la afección que se reconoce a las cosas, o en la utilidad de reunir propiedades cuya división se conceptúa perjudicial, y en cualquiera de los dos conceptos se perjudicaría la razón si, por conceptuar los bienes adquiridos gananciales, hubiera de sujetárseles a la división. Con lo hasta aquí dicho creemos basta para comprender la extensión de las ideas de ganar y comprar, en términos generales, y según se expresan en la citada ley 1.ª, título 4.º, libro 10, de la Novísima. Las especiales explanaciones y confirmaciones de los mismos conceptos, naturalmente resultarán del examen de las siguientes.

La 2.ª del mismo título (2.ª, título 3.º, libro 3.º del Fuero Real) dice así: «Si el marido alguna cosa ganare de herencia de padre ó de madre, ó de otro propinquo, ó de donadio de señor, ó de pariente, ó de amigo, ó en la hueste del Rey, ó de otro que vaya por su soldada, hayalo todo quanto ganare por suyo; y si fuere en hueste sin soldada, á costa

de si y de su muger, quanto ganare desta guisa, todo sea del marido y de la muger; ca asi como la costa es comunal de ambos, esto que dicho es de suso de las ganancias de los maridos, eso mismo sea de las mugeres.» En esta ley viene a confirmarse y ratificarse el supuesto de que todo lo que cada uno de los cónyuges por derecho propio, por título que especialmente le concierna, adquiera, debe reputarse exclusivamente suyo, con exclusión de la sociedad. Empieza hablando del marido, pero concluye declarando que lo mismo debe entenderse respecto de las mujeres, y especifica los títulos de herencia, donación o adquisición en hueste del rey o de otro que pague soldada. Ya al examinar la ley anterior hemos visto que lo adquirido por donación real se exime de la mancomunidad, cuando la donación se hace en concepto de que pertenezca a uno de los dos cónyuges exclusivamente. En ésta, por lo tanto, no se hace más que extender la idea a todo género de donaciones. Han querido algunos distinguir entre las simples o puramente gratuitas y las remuneratorias, para venir a parar en que, si bien la determinación legal ninguna duda ofrece acerca de las primeras, no puede admitirse lo mismo respecto de las segundas, porque, siendo siempre referentes a un servicio, algo hay que reconocer en ellas de trabajo, de acción productora, y, por consiguiente, de concepto de ganancia, para que, fundándose en ella, la adquisición deba de ser común. Esta comentación tiene más de especiosa que de fundada, porque, por mucho que quiera alambicarse, siempre se vendrá a parar en que en las donaciones remuneratorias, como no hay causa obligatoria, no hay derecho de reclamar, y son, por lo tanto, productos de la exclusiva voluntad del donante: a ésta debe sujetarse, por consiguiente, la determinación; cuando aparezca clara y determinativa: no puede ofrecerse duda: cuando ésta se ofrezca, la equidad exige que el beneficio se reparta. Si, pues, aparece que el donante ha querido que su liberalidad redunde en provecho de uno de los dos cónyuges, determinadamente así se verificará, como cuando, del mismo modo, aparezca que su voluntad ha sido

que ambos participen, deberá dividirse por mitad; y, en último término, cuando resulte la duda invencible entre los dos supuestos, deberá estarse por la división, que es lo más equitativo, y lo que, por lo mismo, se sienta como primer supuesto en la ley anteriormente citada y examinada, que declara que las donaciones hechas a ambos cónyuges son gananciales. La segunda parte de la que estamos examinando, y que se refiere a lo ganado por servicios militares, no puede considerarse hoy día sino en un concepto puramente histórico. Ya hemos asentado otros precedentes más antiguos acerca de los mismos conceptos; siguiendo el curso de nuestro examen llegaremos al punto en que haya de considerarse para determinar lo aplicable en la actualidad.

La ley 3.ª, título 4.°, libro 10, de la N. (3.ª, título 3.°, libro 3.°, del Fuero Real), dice así: «Magüer que el marido haya mas que la muger, ó la muger mas que el marido, quier en heredad, quier en mueble, los frutos sean comunes de ambos á dos; y la heredad, y las otras cosas do vienen los frutos, hayalas el marido ó la muger cuyas antes eran, ó sus herederos.» Todo lo que en esta ley se declara, después de su detenido examen, viene a reducirse a lo que debe tenerse por comprendido en las anteriores, de modo que todo se reduce a deducir consecuencias de las premisas ya admitidas. Hemos dicho que, conforme a la ley 1.ª del mismo título, se hacen comunes los bienes que los cónyuges ganan mientras dura la sociedad conyugal, y siendo lo cierto que la percepción de frutos es una ganancia, legítima consecuencia es que lo ganado, a la sociedad se atribuya. Viene la ley determinando que los frutos se adquieran por mitad, aunque cualquiera de los cónyuges tenga más bienes propios que el otro, y también esto es consecuencia precisa de los principios ya reconocidos tan pronto como los frutos se consideren ganancias. Quieren algunos suponer que en esta ley es en la que más terminantemente se consignó la variación del principio admitido en el Fuero Juzgo de que los gananciales se dividieran, no por partes iguales, sino en la relativa proporción de lo que cada uno

de los cónyuges hubiera aportado como propio a la sociedad, y no es exacto, pues ya hemos visto determinada la modificación en las leyes recopiladas en el Fuero Viejo y confirmado el concepto en todas las posteriores. La verdadera significación de esta ley, su síntesis, se reduce a declarar que los frutos son ganancias: la determinación de que deben dividirse por mitad es consecuencia precisa.

Mas no por esto deja de ofrecer la inteligencia de esta ley algunas dificultades, que naturalmente han sido objeto de discusión: todas ellas, sin embargo, se reducen a determinar qué se entiende por frutos, o, lo que lo mismo, todas pueden resolverse, llegando a fijar el significado de la palabra de que se vale la ley. Entre los Romanos, para determinar la causa de adquirir por perpeción de frutos, supuesta la buena fe, se reputaba suficiente el cultivo y el cuidado (párrafo 35, título 1.º, libro 2.º, *Inst.)*: por manera que sólo el cuidado de la finca y los actos materiales de recolección bastaban para que se reconociera existir razón en que se fundara el derecho del adquirente o la propiedad de los frutos que las cosas producían naturalmente, sin otro medio de intervenir el hombre; y si esto se reconocía respecto de los frutos naturales, con mayoría de razón deben extenderse a los producidos por el cultivo, o por medio de un trabajo o acción todavía más eficaz. Puédese, por lo tanto, admitir, como supuesto completamente exacto, que en la palabra frutos se comprenden todas las adquisiciones para las cuales intervenga, en los bienes que las produzcan, el cultivo o el cuidado, todo lo que se adquiera *pro cultura et cura*, y con esto creemos encontrado el punto de partida para determinar, procediendo racionalmente, las principales cuestiones que se han suscitado. El tesoro encontrado en una finca, ¿deberá reputarse fruto? No, porque ni es producido naturalmente ni por el cultivo. ¿A quién, por lo tanto, deberá pertenecer? Prescindiendo, por ahora, de las leyes que determinan su adjudicación, la parte que se atribuye al dueño del terreno en que se encuentra será exclusivamente del cónyuge cuyo es el fundo. Pero supongamos que el fundo es de la mujer, y el inventor el marido: lo que

gane el inventor deberá hacerse común, porque no existiendo causa preexistente, y sí sólo verificándose una, que se origina cuando la sociedad existe, lo que cualquiera de los socios gane durante la sociedad, común debe considerarse, por mitad debe dividirse. La mina que se encuentre en el fundo de cualquiera de los cónyuges tampoco podrá reputarse fruto, pero sí lo serán sus productos mientras sean explotados por la sociedad; esto, por supuesto, prescindiendo de la aplicación especial del ramo.

Como la percepción de frutos, especialmente cuando para ella se hace necesaria la concurrencia del cultivo, naturalmente se relaciona con el tiempo y las expensas, a determinar los efectos de la relación ha sido preciso dictar algunas determinaciones legales. La más concreta a la materia, y que creemos suficiente para la exposición y fijación de la doctrina, es la ley 10, título 4.°, libro 3.° del Fuero Real, que dice así: «Porque acaesce muchas veces que ante que los frutos son cogidos de las heredades, ó muriere el marido, ó muriere la muger, establecemos que si los frutos paresceen en la heredad á la sazon de la muerte, que se partan por medio entre el vivo e los herederos del muerto; e si no aparescen, haya los frutos cuya fuere la raiz, e de las misiones que fueren hechas en la labor al que la labró, y esto sea si la labor fuere viña, ó arboles: ca si fuere tierra, e fuere sembrada, magüer que no aparezca el fruto á la sazon de la muerte, partese por medio quanto ende hubiere: e si no fue sembrada, e fuere barvecho, el que no ha nada en la heredad haya la meytad de las misiones que fueren fechas en el barvecho.» Esta disposición, legal en todas sus partes y supuestos a que se refiere, se presenta lo suficientemente clara para que no necesite explicación: sin embargo, al quererla concordar con las que dejamos examinadas en el capítulo de las dotes, para fijar la percepción de frutos de los bienes dotales, se encuentra la dificultad de que por aquéllas se admite el prorrateo con relación al tiempo en que los frutos se perciben, que en ésta se rechaza. Nada de particular tiene la diferencia, y aun divergencia, que se observa, puesto que, naturalmente, se expli-

ca, a la simple consideración de los orígenes de las dos legislaciones: romano el de las leyes de las Partidas, puramente español el del Fuero Real, y, por consiguiente, el de la ley que estamos examinando. Pero, como quiera que sea, lo cierto es que la práctica ha venido a resultar varia, y que, por lo mismo, es forzoso atenerse a la costumbre: en unas partes se sigue la del prorrateo; en otras la estricta observancia de la copiada ley: en cada una de ellas deberá decidirse por el derecho consuetudinario, por el cual también habrá de decidirse la percepción de frutos de los rebaños, y aun de los animales que no formen grey. Además de la ley 10, y según dejamos indicado, pueden citarse otras que determinan el concepto de que todos los frutos de todos los bienes pertenecientes a los cónyuges se hacen comunes, o, lo que es lo mismo, vienen a convertirse en gananciales. Una de ellas es la 11 del mismo título, que ya tenemos copiada, al explicar cómo lo adquirido por permuta, o con el precio de una venta, se hace de aquel a quien pertenecía la cosa permutada o vendida, y todavía nos encontraremos con algunas otras en las cuales se ratifica y explica el mismo concepto.

Réstanos, sin embargo, examinar un extremo referente a la mancomunidad de los frutos producidos por los bienes de los cónyuges, porque en algunos autores se encuentra la proposición de que también deben formar parte de los gananciales los frutos de los bienes parafernales, y esto es completamente erróneo, si no se explica su verdadero significado por medio de la debida distinción, y recordando lo que tenemos dicho al tratar especialmente de esta clase de bienes. Si se entiende por parafernales todos los extradotales, la proposición es verdadera por nuestro derecho patrio, así como resultará falsa, si se considera la legislación de las Partidas, mas si por parafernales se entiende lo que la mujer, consintiéndolo el marido, administra y disfruta separadamente de la sociedad conyugal, la proposición es falsa, y, por consiguiente, la contraria es la verdadera. Por la legislación de las Partidas se hacían del marido, no se hacían gananciales donde no hubiera pacto

o costumbre en contrario, los frutos de los bienes verdaderamente dotales, pero no los de los que por parte de la mujer no se hubieran constituído en dote. Por nuestro derecho verdaderamente español, y que también suele llamarse real, todos los bienes de la mujer, menos los terminantemente exceptuados consintiéndolo el marido, entran en su administración, debiéndose dedicar sus productos al levantamiento de las cargas de la sociedad conyugal y ser los sobrantes comunes a la misma. Pero si expresa y terminantemente se constituyen bienes parafernales consintiéndolo el marido, porque de otro modo no pueden constituirse, como que estos bienes no entran a formar parte de la sociedad conyugal, tampoco sus frutos o productos deben ni pueden considerarse pertenecientes a la misma. De este modo, con esta explicación y concordando la materia de gananciales con la de parafernales, podrá entenderse y determinarse el significado y exactitud de la referida proposición, cuyo verdadero sentido, en último término, se reduce y se comprende en la ya tantas veces repetida: los frutos de los bienes que forman el conjunto de los que la sociedad administra mancomunadamente, y bajo la dirección del jefe de la misma sociedad, son gananciales; por sentido contrario, los de los que están fuera de estas condiciones, dejan de serlo.

Acerca de la adquisición de frutos, o de lo que con ello tiene suma analogía, se presenta otra declaración, dada, a petición de las Cortes de Nieva, por D. Enrique IV en 1473, y que se comprende en la ley 5.ª, título 4.º, libro 10 de la N. Mas como en la misma se encuentran disposiciones referentes a otros puntos, para observar el orden debido, examinaremos en este lugar tan sólo su primera parte, dejando para más adelante el examen de la segunda. Dice así: «Declarando las leyes del Fuero, y lo contenido en el Libro del Estilo de Corte, y las otras leyes que disponen sobre la manera que se ha de tener en los bienes ganados entre el marido y la mujer durante el matrimonio, mando y ordeno que todos, y cualesquier bienes castrenses, y oficios del Rey, y donadios de los que fueron ganados y mejorados y

habidos durante el matrimonio entre el marido y muger por el uno dellos, que sean y finquen de aquel que los hubo ganado, sin que el otro haya parte dellos, segun lo quieren las dichas leyes del Fuero, pero que los frutos y rentas dellos, y de todos otros cualesquier oficios, aunque sea de los que el Derecho hubo por casi castrenses, y los otros bienes que fueron ganados ó mejorados durante el matrimonio, y los frutos y rentas de los tales bienes castrenses, y oficios y donadios, que ambos los hayan de consuno.» La misma forma de redacción que en la ley se observa viene a manifestar que su objeto es puramente explicativo, puesto que empieza confirmando lo que sus anteriores declaran, e implícitamente reconociendo que sobre ello existían dudas. Resolviéndolas, por lo tanto, manda y ordena la verdadera inteligencia en que debe aplicarse lo ya preceptuado. Habla de bienes castrenses, oficios del rey, donadíos y mejoras que cada uno de los cónyuges haya obtenido, o en sus bienes se hayan realizado, y declara que sean y finquen de aquel que las hubo ganado, sin que el otro haya parte dellos, pero que los frutos y rentas de los mismos bienes y mejoras sean comunes o gananciales. La aclaración era necesaria, por la sencilla razón de haberse ya variado muy sustancialmente algunos de los conceptos del derecho público que anteriormente regían. Fijándonos en el más notable, cual es la constitución de los ejércitos, podemos encontrar en él, no sólo una base, sino también un medio de explicación, como a manera de ejemplo. Hemos visto de qué modo en el Fuero Juzgo, en las leyes recapituladas en el Fuero Viejo, y hasta en las del Fuero Real, se adjudicaban los bienes ganados yendo en hueste, con soldada o sin ella, pagada por el rey u otro; y todo ello se reduce a que, si el militar acudía a la guerra y en ella se mantenía a costa de la sociedad conyugal, todo lo que ganaba, a la misma debía corresponder, pero que si iba con sueldo y de modo que a la sociedad no gravara, exclusivamente para sí adquiría lo ganado. Esta distinción era muy consiguiente y hasta necesaria en aquellos tiempos, por el sistema que en ellos regía para la formación de los ejérci-

citos, y para el pago, recompensa o remuneración de los servicios prestados, mas desde que aquel orden de cosas empezó a variarse, y desde que los ejércitos empezaron a formarse con gente tomada a sueldo o merced, se hacía indispensable determinar el efecto que producía la variación; y la necesidad se cubrió distinguiendo que el oficio, el cargo, el empleo o grado fuera propio exclusivamente de la persona a quien se concedía, pero que las ganancias que por esos medios se realizaran fueran comunes, extendiendo a éstos, que podrán llamarse bienes personales, las ideas, los conceptos admitidos respecto de los bienes reales. A esto se reduce la primera parte de la ley, que se extiende, no sólo a la carrera militar, sino a todas las demás que, directa o indirectamente, se encuentran establecidas en bien del Estado. Todos los cargos, por consiguiente, oficios, empleos, profesiones, dignidades, o cualquiera otra posición personal, que cada uno de los cónyuges por sí adquiera, serán de su exclusiva pertenencia, pero los emolumentos y ganancias de cualquiera género que de ellos resulten son gananciales, y, por lo tanto, comunes. Ha habido, sin embargo, una época en que muchos oficios se adquirían por precio, todavía respecto de algunos no está abolido completamente el sistema; pero como en él, para la adjudición, no se atiende únicamente al pago, sino también a las condiciones personales, la equidad exige, y el derecho confirma, que cuando el precio del oficio se paga con dinero perteneciente a la sociedad, sea abonado a la misma por el adquiriente, si bien los emolumentos o productos siempre serán comunes.

No sólo puede resultar aumento de riqueza por nuevas adquisiciones, sino también por mejoramiento de los bienes, ya pertenecientes a cada uno de los cónyuges, o a los dos, mancomunadamente. Siendo claro, hasta por evidencia, que en este último supuesto, cuando el aumento se verifique en bienes comunes, común debe ser lo aumentado, y no creyendo que esto necesite mayor explicación, vamos a examinar lo referente a las mejoras que durante la sociedad conyugal se realicen en los bienes de uno u otro

cónyuge puesto que también a esto se refiere la ley en que nos ocupamos.

Las mejoras pueden ser producidas por causas puramente naturales, o por trabajo del hombre, o por la mezcla de los dos supuestos; además, se distinguen con las denominaciones de voluntarias, útiles y necesarias. Aun cuando ya estas distinciones las hemos explicado en el capítulo de las dotes, no podemos prescindir de recordar los conceptos para aplicar la doctrina a la materia de que estamos tratando. Las que procedan de causas puramente naturales, como el aluvión que aumenta el terreno, la variación que experimenta una finca al surgir en ella un manantial, o cualquiera otra por el estilo, al dueño del fundo debe atribuirse, porque no siendo resultado de trabajo, ni acción, ni de la sociedad, ni de ninguno de los cónyuges, ni la una ni el otro pueden alegar causa de adquisición, y únicamente queda eficaz la preexistente, la propiedad, a la cual debe atribuirse la acción, o lo por esta razón aumentado. Las procedentes del trabajo, y las en que se mezclen los dos conceptos, caen en favor del dueño de la finca, teniendo que abonar a la sociedad las expensas que se hayan verificado para obtener los resultados. Pasemos a examinar las leyes que así lo determinan.

La 3.ª, título 4.°, libro 3.°, del Fuero Real, dice así: «Quando el marido e la muger ponen viña en tierra que sea de cualquier dellos, e muriere el uno dellos cuya fuere la tierra, tome el terradgo, segun ponen otros viñas en aquel lugar; y el vino partalo con los fijos del muerto, ó con sus herederos, si fijos no hubiere: y esto mesmo sea de otras labores, qualesquier que se ficieren en el solar del uno dellos.» En esta ley se observa que, si bien empieza por hablar de viñas, es tan sólo como por vía de ejemplo, puesto que concluye extendiendo el concepto a toda otra clase de labores para determinar que lo mejorado se haga de aquel a quien pertenece el terreno, y los frutos sean comunes. Esto es lo que aparece claro y terminante en la ley, y es muy de notar que nada se diga en ella de abono de las expensas; de aquí, por lo tanto, la duda de si deberán o no

ser abonadas por el propietario del terreno a la sociedad, o, lo que es lo mismo, la mitad al otro cónyuge. Los autores están por la afirmativa, y aun algunos suponen que hasta la misma finca debe dividirse: prescindiendo de esta suposicion, porque para nosotros está evidentemente rechazada por el texto legal, y fijándonos en la que, en nuestro concepto, debe calificarse de verdadera cuestión, contra la opinión general, estamos por la negativa. La ley terminantemente dice que aquel cuya fuere la tierra, tome el terradgo, segun ponen otros viñas en aquel fugar; repetimos que nada dice de expensas, y en nuestro concepto, el de la ley no es otro que el de reconocer y establecer que las plantaciones son medios de cultivo, y, por consiguiente, que las expensas que para ello se verifican deben considerarse gastos puramente reproductivos, y comprenderse, no en la idea de mejoras, sino en la general de administración. Es cierto que al dueño de la tierra reportará un beneficio, pero si esta consideración bastara para obligarle al abono o reintegro por ella misma, sería preciso extender el concepto, no ya a las mejoras que resultaran de plantaciones, sino a todas las que se produjeran por el buen cuidado, por lo esmerado del cultivo, por todas las diferentes causas que se comprenden en la idea de buena administración. La ley supone una tierra sin plantar, y que en ella se pongan vides: si por solo esto el dueño debe abonar a la sociedad lo que la plantación importe, suponiéndose una viña u olivar en mal estado, cuando entra en la administración del marido, por abandono en el cultivo, o por cualquiera otra causa, aunque no sea imputable, si por medio de las buenas labores se consigue que del estado de escasos rendimientos pase al de dar grandes productos, lo que en esas labores se invierta no habría razón para que no fuera abonado. Creemos, por lo tanto, que el verdadero espíritu de la ley es el de considerar las nuevas plantaciones en los campos como meros actos de buen cultivo; por consiguiente, no abonables sino cuando hayan de prorratearse los frutos o queden hechas las expensas, sin haber llegado a producir cuando la sociedad se disuelve, y que, aunque esta

es la regla general determinada en la ley, no llega a ser absoluta ni a desconocer la distinción de lo ordinario a lo extraordinario. Al presentar como ejemplo la plantación de una viña, para determinar que aquel cuya fuere la tierra tome el terrazgo, dice: según ponen otras viñas en aquel lugar. Este inciso, mezclado en el período, manifiestamente, constituye una condición, y no puede ser otra, según su sentido, que el referir el concepto a lo que comúnmente se hace, a lo que realizan los demás que se encuentran en idénticas o semejantes circunstancias; de todo lo que venimos a deducir que si las plantaciones entran en el concepto general de buen cultivo, porque la generalidad de las gentes benefician sus fincas por este medio, no deberán ser abonadas por el dueño del fundo a la sociedad, pero que si son una cosa extraordinaria, por no usada, y de ellas resulta verdadera mejora, con aplicación de las reglas establecidas, útiles o necesarias, las expensas que para ello se verifiquen serán abonables, o en su totalidad a la sociedad, o en la mitad al otro cónyuge.

La ley 9.ª del mismo título 4.º, al tratar de las mejoras realizadas por edificación, no sólo explica el punto a que concretamente se refiere, sino que confirma nuestra emitida opinión: Dice así: «Si el marido ó la muger facen casa en tierra que sea del marido, ó de la muger, e muriere el uno dellos cuya fuere la raiz, dé la meytad del apreciadura á quien heredare su buena, quanto asmaren que cuesta la fechura, e finque cuya fuere la raiz con las cosas; e si cuya fuere la raiz muriere ante, otrosi los que heredaren su buena den la meytad de la apreciadura asi como dicho es. E otrosi mandamos que esto mesmo sea de los molinos, e de los fornos.» Suponen algunos autores que esta ley, con la que anteriormente hemos examinado, forman el conjunto de lo preceptuado acerca de mejoras, dividiéndolas en rústicas y urbanas, por los predios en que resulten; que la ley 3.ª determina acerca de las primeras, y la 9.ª, de las segundas, y que, por lo mismo, en sus conceptos deben considerarse unidas para determinar, respecto de sus objetos, los de la una por los de la otra. Pensamos

de muy distinta manera: las dos leyes se refieren a mejorar, pero no la primera a la de predios rústicos y la segunda a la de predios urbanos, sino aquélla a las conseguidas por operaciones agrícolas y ésta a las que se realizan por medio de edificación, y una sola particularidad podrá probar esta aseveración hasta el profundo convencimiento. La ley 9.ª habla de molinos; en la idea general, siempre los molinos se consideran predios rústicos; hasta al hablar de casas usa, para determinar el sitio, la palabra tierra, que por lo mismo que es la que expresa una idea más general, tanto puede aplicarse a los terrenos rurales como a los urbanos. Siendo, pues, la que nosotros presentamos la verdadera distinción, el resultado en las consecuencias, para ser lógico, no puede menos de diferenciarse en cuanto se diferencian las premisas, viniéndose a parar en que, refiriéndose la ley a objetos tan distintos como son las labores del campo y las edificaciones, no es posible admitir en lo racional que lo preceptuado respecto de las unas tenga aplicación a las otras. Veamos con estos antecedentes qué es lo que dispone la ley 9.ª Claro y terminante está en su contexto literal: «Las edificaciones hechas por la sociedad deben adjudicarse al socio cuyo es el terreno, el cual debe abonar lo adjudicado, o en la totalidad a la sociedad, o en la mitad al otro cónyuge.» Aunque en este supuesto se encierra una gravísima cuestión, en cuyo detenido examen tendremos que ocuparnos, desde luego, y a primera vista, resalta la completa diferencia de los modos de expresar y determinar observados en las dos leyes. En la 3.ª, nada, absolutamente nada, se dice de abonos respectivos; en la 2.ª, sobre lo que más fijamente se determina es sobre el modo de abonarse las expensas: el querer, por lo tanto, confundir dos cosas que se diferencian en el objeto, en el precepto, y hasta en el modo material de expresión y determinación, no puede menos de reconocerse contrario a la sana razón y al sentido común. Si, pues, en las leyes se distingue con tan terminante diferencia lo establecido respecto de las operaciones agrícolas de lo determinado para las edificaciones, bien los predios sean rústicos, bien urbanos, lejos de que-

rerse confundir para deducir de lo uno consecuencias aplicables a lo otro, deben distinguirse para aplicarlas en sentido contrario. Lo contrario, por consiguiente, de lo que se encuentra establecido para las edificaciones debe admitirse respecto de las plantaciones ordinarias, y por eso, al empezar nuestro examen sobre la ley 9.ª, hemos dicho que en ella encontraríamos confirmada nuestra opinión sobre lo preceptuado por la ley 3.ª

Réstanos examinar una cuestión que no tenemos reparo en decir es la más grave de todas las que ofrece lo referente a mejoras en la materia de gananciales. Empezaremos por proponerla con la necesaria claridad. Admitido como incuestionable el supuesto de que lo edificado se hace del cónyuge cuyo es el terreno, ¿deberá abonar al otro la mitad de lo que haya costado la edificación o la mitad del aumento del valor que haya adquirido la finca? Supongamos que el terreno vale cien, que en él se edifica un molino que cuesta otros cien, y que la finca resultante, apreciada por sus productos, por su verdadera y más racional estimación, valga trescientos: indudablemente, se hace de aquel cuyo era el terreno, pero ¿ha de abonar al otro cincuenta, o ciento cincuenta? He aquí la cuestión, que, convertida a términos más técnicos, a los verdaderamente jurídicos, deberá proponerse en las siguientes: el aumento de valor que resulta, además de lo invertido, ¿deberá considerarse ganacial o exclusivamente propio del dueño del terreno? De los que se han ocupado en ella, los que se deciden por la opinión de que lo que debe abonarse es la mitad de lo que se haya invertido, sin desconocer los gravísimos inconvenientes que en su contra pueden objetarse, suponen que así se encuentra establecido por la citada ley 9.ª, y que ante su autoridad deben ceder los argumentos de razón. Lo primero, pues, que hay que examinar es si el texto legal está tan claro y terminante que, efectivamente, haya de reconocerse el conflicto de la contradicción entre lo preceptuado y lo racional. La ley dice: «Dé la meytad de la apreciadura..... quanto asmaren que cuesta la fechura.» ¿Qué es lo que esto significa? Según los que defienden la

opinión propuesta, la apreciadura y la fechura se refunden en un solo concepto, y, por lo tanto, la significación del texto legal se reduce a determinar que el abono se haga por lo que se aprecie que ha costado la edificación. Pero este sentido resulta tan claro, que sobre él no quepa duda, en términos que como evidente deba aceptarse. Desde luego, la evidencia no es inmediata, y, por consiguiente, para comprenderla, necesita que se emplee el medio del raciocinio, y por cierto que el razonamiento no deja de ser complicado. Siendo esto lo cierto, ¿será prudente fallar por el criterio de autoridad contra el criterio de razón cuando para saber lo que el primero determina es preciso acudir a los medios de que precisamente se vale el segundo? La verdad es que para fijar el sentido de la ley no basta su simple percepción: es preciso discurrir, emplear la razón; el criterio de autoridad, por consiguiente, no está puro, y, por lo mismo, en el supuesto aparece también el de razón. Por manera que ya con sólo esto empieza a demostrarse que el conflicto, si no deja de existir, se disminuye en gran manera, pues no pudiéndose asegurar qué es lo preceptuado, no puede decirse que está en posición con lo racional.

Propuesta ya la duda que ofrece el texto legal, aunque tan sólo por el medio de la manifestación de su oscuridad, se hace todavía preciso atacar el atrincheramiento en que se encierran los defensores de la opinión que estamos examinando, hasta destruirlo, puesto que creemos que puede conseguirse por completo. Para nosotros, lo cierto es que en la ley no se comprende la solución de la cuestión propuesta: su autor, por decirlo así, no alambicó, no analizó el supuesto hasta el punto de llevarlo a las últimas consecuencias; no consideró que el valor resultante de la operación excediera al de lo practicado para realizarla: no llegando a esta consideración, tomó sólo en cuenta la de que la fechura importara lo mismo que la apreciadura, la de que las impensas sumaran lo mismo que el aumento de valor que la finca adquiriera, y esto, que era lo que únicamente consideraba, fué lo que únicamente tomó por razón

para el precepto. Si, pues, en el espíritu y texto legal no se comprenden los supuestos de la cuestión, imposible es sostener que deba resolverse por lo que la ley determina; y la verdad es que cuanto más se examina la totalidad y cada una de las partes constitutivas de esta ley, mayor es el grado de convencimiento que se adquiere de que sus conceptos no se extienden a los supuestos de la cuestión. Pero hay todavía más: supongamos que lo que nosotros tenemos por cierto no lo sea, y que, a pesar de todo este razonamiento, deba sostenerse la integridad de la mencionada interpretación de la ley: aun así se hace preciso examinar si por otras posteriores se ha explicado o modificado el precepto en términos de haberse destruído la contradicción en sentido favorable a lo que la razón dicta. En este momento tenemos que prescindir de este examen, por la sencilla razón de que ha de referirse a otra ley, que muy luego deberá ser objeto de nuestra consideración. Cuando en ella nos ocupemos, podremos realizar nuestro propósito, sin perjuicio del buen método que nos obliga a concretarnos, por ahora, a esta indicación.

Admitido el supuesto de que en la ley 9.ª no se encuentra de un modo preceptivo el sentido en que debe resolverse la cuestión, veamos cuál debe ser su resolución racional, en conformidad a todos los principios reconocidos. Todo lo que los cónyuges, mancomunadamente o cada uno de por sí, ganen por medio de su industria, laboriosidad y trabajo, debe ser común, debe ser ganancial. En el ejemplo propuesto, los cien que resultan aumento de valor sobre el que tenía el terreno y la cantidad invertida para edificar el molino, resultado tiene que considerarse de la operación verificada; si, pues, no se adjudican a la sociedad, y sí únicamente al dueño del terreno, conocidamente se contraría la perfecta y lógica consecuencia que del principio debe deducirse. Por otra parte, si los cónyuges saben que el aumento de valor resultante de las mejoras que puedan hacer en los bienes ha de redundar únicamente en beneficio de aquel cuyo sea el terreno, cada uno tendrá un marcado interés en que en su terreno se verifiquen, con exclusión de

los de su cónyuge; y esto no puede menos de producir una contrariedad de intereses opuesta a la moral, a los más santos fines del matrimonio, puesto que necesariamente ha de ser ocasionada a continuas desavenencias que vengan a producir retraimiento en edificar, en mejorar, contrariando las rectas ideas de la verdadera economía. Por otra parte, desechada nuestra opinión, por seguir la fundada en lo que se supone que determina la ley 9.ª, se incurre en el inconveniente comprendido en la fórmula de que siempre el sumo derecho se convierte en suma injuria, y esto se demuestra con sólo aplicar el precepto a un ejemplo en que se modifiquen los supuestos. Supongamos, con en el anteriormente propuesto, que el terreno vale cien, la edificación cuesta otros cien y que el valor total de la finca, resultante después de la mejora, es tan sólo 150: si el dueño del terreno tiene que abonar al otro la mitad de lo invertido, es decir, cincuenta, los otros cincuenta se pierden, en perjuicio tan sólo del cónyuge dueño del terreno. Por el contrario, si el abono se reduce a la mitad del exceso de valor que en la finca resulte, el dueño del terreno abonará tan sólo veinticinco, y la pérdida de los cincuenta se dividirá por mitad, que es lo justo y equitativo, en conformidad a todos los principios reconocidos y preceptos establecidos en materia de gananciales.

Concluído el examen de las leyes del Fuero Real que más directamente se refieren a la materia en que nos estamos ocupando, se presenta, siguiendo el orden cronológico, la 203 del Estilo, que es la 4.ª, título 4.º, libro 10 de la N., confirmada por D. Felipe II el año 1566. Estas circunstancias de origen y confirmación pueden producir duda acerca de la época a que debe referirse, porque siendo lo cierto que al Código de que está tomada no se puede conceder fuerza legal, lo en ella establecido indudablemente la toma de la confirmación. Atendida esta consideración, parece que deberíamos dejar su examen para después del de las leyes de Toro, pero es tal la importancia de lo que por ella se determina, que, como referente al establecimiento de una de las principales máximas determinati-

vas del asunto, nos hemos decidido a considerar su antigüedad por su origen, y a darle en este concepto la preferencia en el orden. Dice así, según se encuentra recopilada: «Como quier que el Derecho diga, que todas las cosas que han marido y muger, que todas se presumen ser del marido, hasta que la muger muestre que son suyas; pero la costumbre guardada es en contrario, que los bienes que han marido y muger, que son de ambos por medio, salvo los que probare cada uno que son suyos apartadamente; y ansi mandamos que se guarde por ley.» La referencia con que empieza es al derecho romano, al cual siempre, por excelencia, se le llamó derecho o derecho civil: por él, efectivamente, se establecía, conforme a los principios reconocidos, respecto de la constitución de la familia y a su sistema dotal, que todos los bienes resultantes a la disolución del matrimonio se reputarán propios del marido, y sólo de la mujer los que justificara haber aportado a la sociedad conyugal. En la legislación de las Partidas, siguiendo las mismas máximas, venía a establecerse lo mismo, como se observa en la ley 2.ª, título 14, Partida 3.ª, por la cual, después de declarar a quiénes, en diferentes casos, incumbe la prueba, determina que a la mujer, cuando pretende retener como suyas algunas cosas que se encuentran en su poder, a la muerte de su marido, «e si de esto, dice, non pudiere dar prueva verdadera, deven ser entregados todos aquellos bienes á los herederos del finado. E esto tovieron por bien los Sabios antiguos, por esta razon: porque sospecharon que toda cosa que fallassen en poder de la muger, que era de los bienes del marido, fasta que ella mostrasse lo contrario; porque mas guisada razon es sospechar, que poner dubda en los corazones de los omes, que ella los oviesse ganado de mala parte. E esto se deve entender de aquellas mugeres que non usan arte, ó menester, de que lo pueden ganar honestamente: mas si tal arte usan, tenemos por bien que non sea desapoderada de aquellos bienes que ella dize que assi ganó; e deven ser oydas las razones della, e de los herederos, en la manera que mandan las otras leyes deste nuestro libro, que fablan en esta razon».

Al cotejar estas disposiciones con las del derecho común no puede dejarse de notar que entre ellas resulta alguna diferencia, producto natural de la modificación en las ideas. La general de gananciales no cabía en los principios reconocidos por el derecho romano, y ya generalmente se reconocía en la época de D. Alonso: necesariamente tenía que influir en los autores de las Partidas, creando en su ánimo la lucha de querer, por una parte, seguir la legislación que tomaban por modelo, y, por otra, las máximas ya reconocidas en la sociedad para la que intentaban legislar. A este estado de lucha debe atribuirse el haber dado, por razón de precepto, la que consignan de que no se sospechara que las cosas que tenía la mujer pudiera haberlas adquirido por malos medios, siendo preferible el atribuirlas al marido que dar motivo a semejante sospecha, y por la misma razón establecieron la distinción o excepción, con que la ley concluye, de que si las mujeres ejercen alguna industria lícita, puede admitirse que las cosas que en su poder se encuentran les pertenezcan, debiendo ser oídas sus razones. Con lo que viene a patentizarse la falta de decisión en que se encontraban y el deseo de combinar los dos sistemas contrarios. En la práctica, en la aplicación de lo preceptuado, indispensablemente había de reflejarse la misma contraposición de principios, originándose la necesidad de que la costumbre viniera a formar derecho decisivo, y así sucedió, como lo demuestra la ley del Estilo. Desde ella, o si se quiere, desde su confirmación por Felipe II, rechazadas todas esas razones de sospecha acerca de si lo adquirido lo ha sido por buenos o malos medios, atendiendo a la diferencia de la constitución de la familia española respecto de la romana, considerando la extensión de la jefatura del marido, pero a la par los límites a que debe reducirse, para que no exceda de lo necesario y equitativo, no podía ya admitirse, porque sería odiosa, diferencia alguna entre los cónyuges en lo referente al derecho de adquirir; en una palabra, establecido el sistema de gananciales, su consecuencia precisa era la variación de las máximas procedentes de legislaciones que no lo reconocían, y al

efecto, lógica y equitativamente, se estableció lo que en la ley cuyo examen nos ocupa se encuentra determinado, y está reducido a que todo lo que, a la disolución de la sociedad, haya estado confundido como perteneciente a la misma, se considere común, salvo lo que probare cada uno que es suyo apartadamente.

Tan sumamente trascendental es la determinación de esta ley, que con ella no sólo se fijó todo lo concerniente a materia de gananciales, sino que quedó hasta tal punto aclarada, que puede decirse que al establecerse se creó la luz. Desde luego, y antes de pasar a considerar otro género de consecuencias, retrocedamos a la cuestión sobre el modo de realizarse el abono de lo edificado, para completar una de las argumentaciones que al tratarla dijimos que no podíamos hacer más que iniciar. Decíamos allí que aun suponiendo que en la ley 9.ª, título 4.°, libro 3.° del Fuero Real se hallara clara y terminantemente declarado que el abono debiera hacerse por lo invertido en la edificación y no por el valor que con ella adquiriría la finca, era preciso examinar si por otras leyes posteriores se había variado o modificado el concepto. En vista de lo que ahora nos ocupa, creemos que no puede caber ya duda acerca de la afirmativa. Si todos los bienes que resulten a la disolución de la sociedad conyugal han de considerarse gananciales, salvo únicamente aquellos que cada uno de los cónyuges justifique haber aportado a la misma sociedad, como ninguno de los dos puede justificar que sea suyo apartadamente, que por sí sólo haya aportado a la sociedad el exceso de valor que resulta en la finca, clara y terminantemente se comprende que, conforme a lo determinado por la ley, debe ser reputado ganancial, con lo que creemos que viene a confirmarse y queda justificada por completo nuestra opinión.

Decídese también por esta ley el interesante punto de a qué tiempo o momento debe referirse o verificarse la liquidación necesaria para distinguir cuáles son los bienes gananciales, y, por consiguiente, a cada uno de los cónyuges pertenece, si bien para ello es preciso combinar su precep-

to con los comprendidos en otras leyes, especialmente en la que determina las facultades del marido sobre todo lo que la sociedad adquiera mientras subsista. Resuelve, por último, cuantas dudas pudieran ofrecerse sobre la percepción de frutos, sobre lo producido por sueldos o emolumentos de empleos o destinos, por ganancias procedentes de ejercicios, artes u oficios, industria o comercio, porque no pudiendo existir prueba acerca de la pertenencia de ninguna de estas cosas, cuando de la liquidación se trate, y comprendiéndose todas ellas en el cumplimiento de los bienes, conforme a lo determinado por la ley, gananciales deben considerarse, y su totalidad perteneciente a cada uno de los cónyuges por mitad. Debe calificarse, por lo tanto, lo determinado en esta ley de verdadero principio reconocido en la materia; así es que no sólo sirve para aclarar las dudas que pueden ofrecerse acerca de lo que llevamos examinado, sino que necesariamente nos ha de servir para la explicación de todo lo que nos resta que examinar.

Para dar por concluído lo concerniente a la determinación de los bienes que deben tenerse por gananciales réstanos únicamente exponer lo declarado por la ley 6.ª, título 4.°, libro 3.° del Fuero Real. Dice así: «El home que hobiere fijos de alguna otra muger, si casare con otra muger, ó si la muger que hobiere fijos de otro marido casare con algun home, e qualquier dellos ante que haya partido con sus fijos ficiese alguna ganancia con la parte de los fijos, quier sea mueble, quier rayz, el padrastro, ó madrastra, hayan la meytad de las ganancias: fueras, ende, si el padre, ó la madre, toviere la buena de aquellos sus fijos en guarda, ó por escripto, assi como manda la ley.»

De modo que, por lo terminantemente preceptuado en esta ley, los frutos de los bienes del cónyuge premuerto, y cualquiera ganancia que con los mismos bienes haya el sobreviviente después de haber pasado a segundas nupcias y mientras no se hayan adjudicado a los hijos del finado, son gananciales, y como tales corresponden mancomuna-

damente al viudo y su segunda mujer. Esta disposición respecto del padre está muy en armonía con todas las máximas que rigen en materia de peculios, pues es lo cierto que el padre hace suyos los productos y ganancias que proceden de los bienes pertenecientes a sus hijos por peculio adventicio; no así respecto a la madre. Sin embargo, en consideración a que también por la legislación goda, si no con tanta extensión, se le concedía el mismo derecho, y probablemente por destruir diferencias, siempre odiosas, se declaró extensiva a ambos cónyuges. La salvedad o excepción con que concluye la ley está también muy en armonía con los mismos principios reconocidos respecto a los peculios.

§ II

De los derechos de ambos cónyuges en los gananciales.

Propiedad de los gananciales. — Facultad del marido para enajenar los bienes gananciales. — Derecho de la mujer a oponerse a la enajenación maliciosa. — Acción de la mujer contra el tercer adquirente. — Si la facultad del marido para enajenar comprende la de donar. — En qué consiste la propiedad de la mujer sobre los gananciales durante la sociedad. — Efectos de la disolución de la sociedad conyugal. — Administración de los gananciales por el marido. — Destino de los productos. — Caso del marido malbaratador.

La propiedad de los gananciales pertenece a la sociedad mientras subsiste, pero con la precisa condición de que, al disolverse, los bienes se han de dividir por mitad entre los dos socios o sus herederos. Esta proposición es de las que no necesitan ningún género de prueba, porque directamente se deduce de todos los principios reconocidos y preceptos establecidos sobre la materia; sin embargo, no es posible excusar algún género de explicación como medio preparatorio de entrar en el examen de las leyes que determinan los respectivos derechos de cada uno de los cónyuges. Por más que la mujer pueda considerarse, mientras la so-

ciedad conyugal dura, propietaria, mancomunadamente con su marido, de los gananciales, sus facultades están tan notablemente restringidas, que, por decirlo así, su propiedad se reduce a la pureza del concepto. Los autores, para explicarla, han acudido a la distinción del dominio *in actu, in habitu,* diciendo que el de la mujer es *in habitu*, y el del marido, *in actu*. Prescindiendo de si la fórmula es más o menos exacta y suficiente para la explicación, entraremos en el examen de las leyes determinantes de los verdaderos conceptos. Al tratar de los bienes que deben considerarse gananciales, nos hemos hecho cargo de la primera parte de la ley 5.ª, título 4.º, libro 10 de la N. En su segunda dice así: «Y otrosi, que los bienes que fueren ganados, mejorados y multiplicados durante el matrimonio entre el marido y la muger, que no fueren castrenses ni casi castrenses, que los pueda enagenar el marido durante el matrimonio, si quisiere, sin licencia ni otorgamiento de su muger, y que el contrato de enagenamiento vala, salvo si fuere probado que se hizo cautelosamente por defraudar ó damnificar a la muger.» Esta ley empieza refiriéndose a las del Fuero Real y a las del Estilo; y como ya de las primeras nos hemos hecho cargo, creemos conveniente presentar la que entre las segundas más directamente tiene relación con el punto en que nos ocupamos, y es la 205, concebida en estos términos: «Si alguno, seyendo casado con alguna muger, compró alguna heredad, ó otra cosa que ganó estando en uno con su muger, estos bienes que asi compró, puedelos vender el marido, si menester le fuere, en tal que no lo faga el marido maliciosamente, magüer la muger haya su meytad en aquella ganancia de lo que el marido habia ganado ó comprado.»

Clara y terminantemente, en la segunda parte de la ley recopilada, lo mismo que en la del Estilo, se declara que el marido, a pesar de la propiedad que se reconoce a la mujer, sin más restricción que la de no proceder cautelosamente para perjudicarla, pueda vender o enajenar de cualquier otra manera los bienes gananciales. Siendo esto lo cierto, sin que acerca de ello pueda caber duda alguna,

en este mismo supuesto se encuentra determinado, con idéntica precisión y claridad, el concepto de la propiedad que se concede y reconoce a la mujer. Su derecho queda reducido a oponerse eficazmente a todo lo que el marido haga cautelosamente por defraudarla, como se dice en la ley recopilada, o maliciosamente, como se dice en la del Estilo. Este es el derecho propio de la mujer; en esto, por consiguiente, consiste su propiedad. Pero, una vez reconocido el derecho, ¿deberá reconocérsele con el carácter de en la cosa, para valernos de un modo de expresar técnico, aunque sea extendiendo la significación concreta de ciertas palabras? El derecho de la mujer ¿es dirimente, o tan sólo impediente? ¿Deberá reducirse a la facultad de impedir que el marido enajene cautelosa y maliciosamente, o deberá extenderse a destruir lo que el marido haya ya realizado con cautela y con malicia, recobrando los bienes con estas condiciones enajenados? Detenido examen merece la cuestión, porque en la práctica puede producir gravísimos resultados. Acudiendo para resolverla a los textos legales, nos encontramos con que en la ley del Estilo se dice: «Puedelos vender el marido, si menester le fuere, con tal que no lo faga el marido maliciosamente.» Prescindamos de la condición de necesidad, porque en la ley recopilada se ha prescindido de ellas, indudablemente por no recargar las leyes con conceptos de difícil terminación, y queda el derecho de vender, con la condición de no hacerlo maliciosamente; si se falta, pues, a la condición, se perjudica lo condicional, se anula el derecho, y, por consiguiente, el hecho resulta ineficaz. En la ley recopilada, con más claridad se establece lo mismo: después de conceder al marido la facultad de enajenar, sin imponerle la condición de necesidad, y, antes al contrario, dejándolo a su voluntad, por medio de la fórmula y «si quisiese, sin otorgamiento de la muger», se dice: «y que el contrato de enagenamiento vala, salvo si fuere probado que se hizo cautelosamente por defraudar o damnificar a la mujer». Aquí tenemos ya terminantemente considerado el supuesto de que la enajenación existe, pero al mismo tiempo de que no sea válida, si llega

a probarse lo que la ley rechaza; es decir, que toda enajenación hecha cautelosamente por defraudar o dañar a la mujer deja de ser válida, que el derecho de la mujer es dirimente, que el vicio inherente anula, aunque la prueba sea posterior. Mas todavía no es esto lo suficiente para resolver la cuestión, puesto que de nuevo aparecerá, tan pronto como en la argumentación se introduzcan otros supuestos. Admitiendo las consecuencias de los considerados, ¿que es del derecho del adquirente, por el contrato del marido? Por malicia se ha ocasionado un perjuicio, una defraudación, un daño: en primer lugar, resulta obligado a la reparación el malicioso; con sus bienes, de cualquier clase que sean, tendrá que responder, pero si esto no es posible porque no los tiene, ¿cuál, de los dos que pueden ser perjudicados, ha de serlo definitivamente?

Los autores que han considerado la cuestión adoptan la opinión de que quien debe sufrir el perjuicio es el adquirente, contra el cual debe dirigirse la mujer, valiéndose de los medios que las leyes conceden, en el supuesto de que se hayan verificado enajenaciones en fraude de los acreedores, y hasta el punto de que, si la cosa existe en especie, si, por ejemplo, es raíz, puede vindicarla, sin hacer exclusión de los bienes del marido; de modo que, aunque éste no resulte insolvente, conceden a la mujer acción real, y al adquirente tan sólo la personal, para reclamar daños y perjuicios del enajenante. Estamos en un todo conformes con el primer supuesto: el adquirente es el que debe sufrir el perjuicio, por la sencilla razón de haber adquirido, con omisión de las necesarias precauciones, de quien no podía transferir con absoluta libertad, puesto que estaba sujeto a una condición, pero no podemos admitir el segundo supuesto o última consecuencia, porque contra ella encontramos razones muy atendibles. El marido *puede, si quiere*, sin licencia ni otorgamiento de su mujer, enajenar los bienes gananciales, y por más que la enajenación se declare invalidada cuando es maliciosa, si el adquirente no ha incurrido en la malicia, sólo tiene que responder por culpa, por falta de diligencia o precaución, y en este caso debe considerarse

exento, siempre que otro, por mayor razón, repare el daño. La mujer, por más propietaria que se considere, nunca puede llegar a reputarse que lo es por un pleno dominio, puesto que no sólo carece de la facultad de enajenar, sino que, por regla general, tiene que reconocerla en su marido, sin siquiera necesitar su licencia ni otorgamiento. De aquí resulta que a la mujer, para reputarse dueña, por más que se le conceda el título, le falta el modo, el acto de tradición u ocupación, y, por consiguiente, su derecho no puede llegar a ser dominio: ¿a qué, por lo tanto, queda reducido? A una especie de hipoteca, a reclamar contra su marido el resarcimiento de los perjuicios, y, hecha exención de los bienes del mismo, dirigirse contra el adquirente, y en último término contra la cosa, cuando es específica. Esta es nuestra opinión, que, presentada en términos concretos, puede reducirse a reconocer en la mujer una acción real; por lo tanto, vindicatoria, mas no con la extensión de la que produce el dominio. Cuando tengamos que considerar las variaciones introducidas en el sistema hipotecario, necesariamente tendremos que volvernos a ocupar en este punto.

Otra cuestión suscitan los autores, y que consiste en si la facultad de enajenar concedida al marido se comprende la de donar: en términos generales, entendemos que debe resolverse afirmativamente, aunque bajo el mismo concepto y con las mismas restricciones ya consideradas. La significación de la palabra se encuentra en la ley 10, título 33, Partida 7.ª, en estos términos: «E dezimos que aquel a quien es defendido de non enagenar la cosa, que la non puede vender, nin camiar, nin empeñar, nin puede poner servidumbre en ella, ni darla á censo á ninguna de aquellas personas á quien es defendido de la enagenar.» Según esta explicación, y siendo lo cierto que en ella no se comprende la idea de donar, al conceder la ley recopilada al marido facultad de enajenar, no se le concede la de dar; por manera que, taxativamente, la ley determina las transferencias por las cuales resulta adquisición por título oneroso, y, puesto que omite, niega las que resultan por título puramente lucrativo. Esto es lo que hay que reconocer,

atendiendo al tecnicismo verdaderamente jurídico, pero no es posible prescindir de atender también al significado filológico. Según él, la idea representada significa la de *in allium gerere,* e, indudablemente, el que da, lleva lo suyo a otro. Pero si esto es lo cierto, no lo es menos que en el uso vulgar se distingue muy notablemente la donación de la enajenación, dándose a la palabra precisamente el significado jurídico.

Todo esto no obstante, nos inclinamos a la opinión ya indicada. Demasiadamente violenta, y hasta denigrativa al marido, sería la absoluta prohibición de donar, pero, de contrario, se incurriría en el inconveniente de hacer ilusoria la condición de no poder enajenar maliciosamente, si se le reconociera la facultad sin ninguna limitación, pues si por sola su voluntad, y sin licencia ni otorgamiento de la mujer, pudiera donar los gananciales, nunca habría lugar a suponer la malicia, porque siempre cabría la calificación del acto en el concepto de mera libertad. Nos parece, por lo tanto, más aceptable el indicado término medio, que consiste en reconocer la facultad de donar, con la restricción de no poderla usar maliciosamente en fraude o daño de la mujer, y como las donaciones excesivas, sin causa ni motivo, no pueden menos de inducir a sospecha de malicia, las reputadas verdaderamente simples sólo deberán considerarse lícitas y válidas cuando por su cuantía no puedan hacerse sospechosas. En las enajenaciones a título oneroso, por más que se refieran a las cosas, no puede suponerse enajenado su valor; siendo esto lo cierto, forzoso es admitir que el frude queda justificado cuando el valor de lo recibido es conocido y considerablemente menor del de lo transferido. Si, pues, dado este supuesto, su necesaria consecuencia sería la invalidación del contrato, con mayor razón debe reconocerse la del hecho por el cual se transfiriese un valor sin recibir otro; las donaciones, por consiguiente, llevan en sí ya la sospecha de malicia, de la que sólo podrán librarse, o por su conocida insignificancia, o por la existencia de algún motivo que las justifique.

En las remuneratorias hay que reconocer un motivo,

pero como no llega a ser causa, es preciso aceptar la idea, sujetándola a las reglas de la prudencia y a las especiales circunstancias de cada caso en particular, teniendo que ser esta la general, y, dentro de él, y como condición precisa, la existencia del supuesto, o sea del servicio a que el concepto se refiera: deberáse, por lo tanto, justificar el motivo, y, en su consideración, deducir si la donación es o no excesiva, conforme a todas las circunstancias que en el caso concurran. Respecto de las concausas, puesto que siempre se refieren a una obligación, no sólo son las donaciones lícitas, sino debidas, y nunca podrán reputarse excesivas sino en lo que importen de más de aquello a que la obligación se extiende. Ya hemos visto en el título de las dotes, conforme a la ley 53 de Toro, 4.ª, título 3.º, libro 10, de la N., que de los gananciales deben sacarse las mismas dotes y las donaciones *propter nuptias*, es decir, lo que a las hijas e hijos se dé por causa del matrimonio. El marido, según lo que en la ley se declara, puede, unido a la mujer, disponer de los gananciales para dedicarlos a esta clase de donaciones, pero también se le faculta para hacer la donación por sí solo, obligando al efecto la parte que a su mujer podría corresponder. Esto viene a confirmar la doctrina en todas sus partes: las donaciones que se hacen por estos motivos, no sólo se consideran concausas, porque efectivamente la tienen, aunque respecto de los hijos no sean completamente obligatorias, sino onerosas, como todo lo concerniente al matrimonio, porque todo lleva en sí la condición de atender a las cargas de la sociedad conyugal. Mas ni aun estas mismas donaciones, en lo que sean excesivas, podrán reputarse lícitas, y sí siempre sujetas a los límites que ya en sus respectivos lugares quedan explicados, de los cuales tendremos que hacernos cargo al tratar de las legítimas y mejoras, y que pueden refundirse en la regla general de tener que respetar y verificar otros derechos que sobre los mismos bienes pueden concurrir.

Tenemos, pues, ya expuesto lo suficiente para determinar qué es lo que el marido debe hacer de los gananciales, qué es lo que puede y qué es lo que no puede: deberá de

ellos dar las dotes y donaciones *propter nuptias* prudentes y proporcionales, podrá enajenarlos, con tal que no lo haga cautelosamente por defraudar o damnificar a la mujer: no podrá donar simple ni remuneratoriamente con exceso; y este concepto tendrá que ser determinado por las circunstancias concurrentes en cada caso especial. ¿A qué, pues, se reduce la propiedad de la mujer? Los autores que más han alambicado el concepto lo han comprendido en la fórmula de que le compete el dominio revocable por justas causas: ya hemos manifestado nuestra opinión, y creemos que el insistir más sobre esta materia sería entrar en una cuestión puramente de significado de palabras, muy buena en las escuelas, cuando se trata de enseñar a estudiar, pero inútil en la práctica, que tiene por objeto la realización de los hechos.

De cualquier modo que sea, y aun aceptando la mencionada fórmula en cuanto pueda ser exacta mientras dura la sociedad conyugal, tan pronto como se disuelva, la propiedad, el dominio de la mujer, pierde la condición de revocabilidad, y se eleva a su completa perfección, a su plenitud, como viene a determinarse por la ley 14 de Toro, 6.ª, título 4.º, libro 10 de la N., que dice así: «Mandamos que el marido y la muger, suelto el matrimonio, aunque casen segunda ó tercera vez ó mas, puedan disponer libremente de los bienes multiplicados durante el primero ó segundo ó tercero matrimonio, aunque haya habido hijos de los tales matrimonios, ó de alguno dellos, durante los quales matrimonios los dichos bienes se multiplicaron, como de los otros sus bienes propios que no hubiesen sido de ganancia, sin ser obligados á reservar á los tales hijos propiedad ni usufructo de los tales bienes.» No puede estar más clara que lo que está esta ley, en cuanto por ella se determina la absoluta facultad de cada uno de los cónyuges para disponer de la parte que por ganancia les corresponda desde el momento en que, por haberse disuelto la sociedad conyugal, haya cesado la mancomunidad. Mientras la sociedad existe, los dos socios pueden considerarse condueños, aunque con las ya expresadas diferencias en sus

atribuciones; disuelta la sociedad, concluída la mancomunidad, hecha la liquidación y determinada la parte que a cada uno corresponde, de la suya es cada uno propietario con pleno dominio, hasta el punto de que la ley rechaza el supuesto de que el uno adquiera por causa a que dé lugar el otro, pues no otra cosa significa el declarar que los bienes gananciales no están sujetos a la obligación de reservarlos para los hijos del matrimonio en que se hayan ganado, lo que en el capítulo siguiente tendrá su debida explicación. La adquisición, por lo tanto, de los gananciales, toma por causa, no una transferencia de cónyuge a cónyuge, sino el derecho legal originario fundado en las mismas razones que las leyes reconocen para el establecimiento de todo lo concerniente a la sociedad conyugal, de la consideración de confundirse las personalidades de los mismos cónyuges y de la indispensable jefatura del marido, de lo que vienen a resultar dos en uno, representados por su jefe legal y natural mientras dura la sociedad, volviendo a adquirir, tan pronto como se concluye, su entera personalidad: adquieren para los dos mientras están unidos, dispone, con ciertas restricciones, el jefe, mientras dura la unión; cuando la unión y la jefatura concluye, viene la consiguiente división, y cada uno es dueño de lo suyo. Consecuencia también de los mismos principios reconocidos y preceptos establecidos es lo determinado por la ley 16 de Toro, 8.ª del mismo título, concebida en estos términos: «Si el marido mandare alguna cosa á su muger al tiempo de su muerte ó testamento, no se le cuente en la parte que la muger ha de haber de los bienes multiplicados durante el matrimonio, mas haya la dicha mitad de bienes, y la tal manda en lo que de derecho debiere valer.» Si en el instante de la muerte del marido concluye la sociedad y con ella la mancomunidad, desde el mismo instante se produce virtualmente la división, y con ella la determinación de la plenitud del derecho en la mujer respecto de la parte que en los gananciales le corresponden. Todo, pues, lo que el marido disponga para que tenga efecto después de ese instante, necesariamente debe referirse, no ya al supuesto

de mancomunidad, sino al de división, y, en este concepto, ya el marido no dispone, ni de la parte de su mujer, ni de la totalidad, sino de la suya, o sea de la mitad que le corresponde: a esta mitad, por consiguiente, debe referirse el legado, y de ella satisfacerse, pues de otro modo, y si se hubiera de deducir de la totalidad o de la parte correspondiente a la mujer, resultaría, en el primer caso, que se redujera a la mitad, y en el segundo, a la nulidad, como se demuestra con toda claridad por medio de un ejemplo. Supongamos que la totalidad de los gananciales importa ciento y el marido legue a su mujer veinte: si se han de deducir de la totalidad, resultará que el dividendo será ochenta, y lo correspondiente a la mujer, cuarenta; si se le entregan, y además los veinte del legado, recibirá, en suma, sesenta, y el legado de veinte queda reducido a diez, puesto que a la mujer, por derecho propio, le correspondían cincuenta. Si los veinte se han de deducir de la parte correspondiente a la mujer, se empezará por hacer la división, y, deducidos de los cincuenta, quedan treinta, que, unidos a los veinte, suman los mismos cincuenta; y supuesto que por derecho propio corresponden a la mujer, el legado se reduce a la nulidad. La ley, por consiguiente, es una precisa consecuencia, o más bien una explicación confirmatoria de los principios reconocidos y preceptos establecidos en toda la materia.

Para terminar la exposición de los derechos que a cada uno de los cónyuges corresponden en los bienes gananciales, réstanos decir algo acerca de su administración. Indisputablemente, corresponde al marido mientras subsiste la sociedad conyugal, porque siendo condueño, con más atribuciones que las de la mujer, y además jefe de la misma sociedad, natural y lógico es que se reconozca en él la facultad de administrar. Ya hemos visto cómo las leyes se la conceden, aun respecto de todos los bienes que a la mujer pertenecen, con la sola excepción de los parafernales, y también que el marido hace suyos los productos de los mismos bienes de la mujer, con la misma excepción, y con la obligación de destinarlos a levantar las cargas de la so-

ciedad; lo restante, lo que quede después de levantar esas cargas, es ganancial, y de estos indisputables supuestos se deduce una precisa consecuencia. Al marido compete la administración de los gananciales, con más latitud que la que tiene el común significado de la palabra, puesto que ya hemos consignado cómo puede enajenar y hasta donar, pero no puede administrar maliciosamente, en fraude o daño de su mujer. Esta restricción, por ser conforme a los principios de la sana moral, se encuentra implícitamente comprendida en la misma prohibición legal de no poder enajenar cautelosamente por defraudar o damnificar a la mujer. No creemos que necesite esto mayores comentarios, y hasta podría tenerse por excusado, siendo, como es, consecuencia precisa de todos los principios reconocidos y preceptos establecidos en la materia, pero, esto no obstante, hemos querido consignarlo, porque en ello se refunde todo lo concerniente a los derechos del marido sobre los productos de los bienes de la mujer, y por creerlo necesario, para que nunca se pierda de vista la diferencia que en todo y por todo resalta del derecho romano, y aun del de las Partidas, al verdadero derecho patrio respecto de la sociedad conyugal. Por el romano y por el de las Partidas era una proposición verdadera, en casi lo absoluto, que los frutos o productos de la dote se hacían del marido; por nuestro derecho patrio, de quien verdaderamente se hacen es de la sociedad conyugal, porque al levantamiento de sus cargas deben destinarse, y, en lo sobrante, los derechos sustanciales de la mujer son iguales a los del marido. Y todavía la distinción se extiende a mas: los frutos y productos de los bienes del marido, por el derecho romano y por la legislación de Partidas, al mismo correspondían, mas por el verdadero derecho patrio corresponden a la sociedad conyugal, del mismo modo y bajo los mismos conceptos que los frutos y productos de los bienes de la mujer. Unos y otros deberán estar bajo la administración del marido, como jefe de la sociedad, y destinados al levantamiento de las cargas de la misma, pero siendo lo cierto que a la mujer, en ellos, compete un derecho, forzoso es re-

conocer la obligación correlativa, y que precisamente consiste en no poder el marido enajenar en fraude o daño de su cónyuge: con lo que, sin deprimir, sin menoscabar en lo más mínimo los derechos, la jefatura del marido se limita a lo verdaderamente justo y equitativo, por medio de la prohibición de perjudicar maliciosamente.

El supuesto de la malicia y el de perder el marido la administración de los bienes, que como jefe de la sociedad le compete, se relaciona con otra grave cuestión que hemos ya ventilado al tratar de las dotes, y que, conforme allá indicamos, debemos también considerarla en lo que se refiere a gananciales. El marido baratador, conforme a la ley 29, título 11, Partida 4.ª, puede ser obligado, a instancia de su mujer, a afianzar la devolución de la dote, o a devolverla a la misma mujer, o a que se constituya en depósito. Hemos allá opinado que los frutos de la dote, en cualquiera de estos tres casos, deben destinarse al levantamiento de las cargas del matrimonio, pero no en todo lo que ellos monten, sino en cuanto sea necesario: lo sobrante, por consiguiente, si existe, deberá considerarse común, y aquí entra la necesidad de considerar con la debida distinción, para coordinarlos, los diferentes conceptos de las dos distintas legislaciones que han venido a constituir el verdadero derecho español, como ya tan repetidas veces tenemos dicho. Al examinar las leyes de las Partidas es indispensable, aunque con la necesaria salvedad, admitir el supuesto de que los productos de los bienes dotales son del marido, pues se hace imposible expresar, en cada período del discurso, todo lo necesario para distinguir la extensión y restricción del derecho que en la fórmula se comprende. He aquí la razón por la cual allá hemos dicho que, con el expresado exceso, el marido debe responder de sus deudas, porque a ello está obligado con sus bienes. Aquí, pues, con los antecedentes ya suficientes al efecto, podemos distinguir y expresar la modificación del concepto; por eso entonces indicamos lo que ahora vamos a realizar.

Los productos de la dote, aun en el caso de estar el marido declarado baratador y, por lo tanto, obligado a afian-

zar o privado de la administración, son comunes y deben destinarse al levantamiento de las cargas del matrimonio, mas sólo en el tanto necesario; el resto, por consiguiente, si lo hay, responderá de las obligaciones comunes y de las que haya contraído el marido por sí solo, que no puedan ser tachadas de maliciosas. Y véase cómo, considerando aquí todos los supuestos, viene a resultar lo mismo que allí dijimos, sin más diferencia que la de no haber tomado allá en cuenta, por no ser de oportunidad, la restricción de no poder proceder maliciosamente que en la facultad de administrar los productos de la dote tiene el marido. En la legislación de las Partidas, tan sólo de un modo incidental e indirecto se trata la materia de gananciales, y, siguiendo las máximas del derecho romano, se supone al marido dueño de los productos de los bienes de la mujer: la diferencia de admitir, en lugar de esta exclusiva pertenencia, la doctrina de la mancomunidad, necesariamente tiene que producir sus resultados, pero como, al mismo tiempo de admitir la mancomunidad, se reconoce la facultad del marido para obligar esos bienes, que mancomunadamente pertenecen a los dos cónyuges, los efectos llegan a parificarse. Por la legislación de las Partidas, el sobrante, como propio del marido, debía responder de sus deudas; por el que podremos llamar derecho real español, también se halla afecto a la misma responsabilidad, en atención a que el marido. como no sea maliciosamente, puede obligarlo.

§ III

De cómo se pierden los derechos sobre los gananciales.

Causas que determinan la pérdida de los derechos sobre los gananciales.—Pérdida por delito de los cónyuges. — Momento al cual debe referirse la liquidación de los gananciales al efecto de la responsabilidad. — Extensión de la responsabilidad. — Costas y gastos del proceso. — Falsedad del silogismo que equipara la facultad de enajenar el marido los gananciales a su obligación por delito. — Responsabilidad defectiva de los bienes propios del delincuente. — Adulterio de la mujer.— Renuncia, por la mujer, de los gananciales. — Causas que produjeron la necesidad de la ley de Toro. — Tiempo en que la renuncia puede hacerse. —

Efectos que produce la renuncia. — Si la mujer puede renunciar en perjuicio de la legítima. — Validez de la renuncia para lo pasado y para lo futuro. — Si puede renunciar el marido.— Si es forzosa la mancomunidad, o sólo defectiva, o a falta de convención.

Conocidos ya los bienes que deben tenerse por gananciales y la extensión de los derechos que a cada uno de los cónyuges compete sobre ellos, necesaria y naturalmente llegamos a tenernos que ocupar en el examen de cómo esos mismos derechos, o los bienes que son su objeto, pueden perderse. La misma palabra expresiva del concepto lleva en sí la idea fundamental de la determinación del supuesto: no puede haber ganancias cuando hay pérdidas. Esta proposición se justifica por sí misma, sin más que acudir al principio de contradicción: no puede ser que una cosa sea y deje de ser al mismo tiempo. Pero lo ya ganado puede perderse, en todo o en parte, y esta es la verdadera idea que se comprende al tratar de la pérdida de los gananciales. Es, pues, preciso empezar por algunas distinciones conducentes a la aclaración de los mismos conceptos: las deudas legítimas que la sociedad contraiga para atender a levantar sus cargas naturales y legales no se comprenden en la idea de pérdida de los gananciales, ni tampoco lo que éstos se disminuyan por error o equivocación en los cálculos, como, por ejemplo, si el marido es comerciante y de los negocios que emprende le resultan pérdidas, en lugar de ganancias. Resulta, pues, que las causas de las pérdidas de los gananciales tienen siempre que ser extraordinarias, fuera de lo común, de lo ordinario y de lo que naturalmente se refiere al ejercicio de los derechos de la sociedad y de las especiales atribuciones que a su jefe se reconocen. ¿A qué, pues, quedan reducidas las que pueden producir la pérdida de lo ya ganado? Estrictamente a una, que es el delito, y bajo cierto y determinado concepto, a otra, que es la renuncia: la primera es extensiva a los dos cónyuges; la segunda, tan sólo relativa a la mujer. Las examinaremos por su orden y por el método que venimos siguiendo.

La ley 77 de Toro, 10, título 4.°, libro 10 de la N., dice así: «Por el delito que el marido ó la muger cometiere, aun-

que sea de heregia ó de otra qualquier qualidad, no pierda el uno, por el delito del otro, sus bienes, ni la mitad de las ganancias habidas durante el matrimonio: y mandamos que sean habidos por bienes de ganancia todo lo multiplicado durante el matrimonio, hasta que, por el tal delito, los bienes de qualquier dellos sean declarados por sentencia, aunque el delito sea de tal calidad que imponga la pena *ipso jure.*» Esta disposición legal aparece tan clara en sus conceptos como en su redacción literal: su razón es tan filosófica, que basta el sentido común para la inteligencia de todo lo que se comprende en su primera parte, mas no así en la segunda; y como es lo cierto que, por más que quiera dividirse en dos, la unión de ellas es tan íntima, que llega a tenerse que reconocer la una como determinante de la otra, se hace indispensable el examen de las dos.

En la primera se declara que por el delito de uno de los cónyuges no debe perder el otro sus bienes exclusivamente propios. ni la mitad de los comunes o ganancias habidas durante el matrimonio. Esta determinación se encuentra plenamente justificada, sin más que acudir para ello a lo que evidentemente presenta la sana razón. El delito, el hecho ilícito, obliga al sufrimiento de la pena establecida como garantía de los derechos y al resarcimiento de los perjuicios, que deberá hacerse efectivo por medio de la restitución, y si ésta no es posible, de la indemnización, mas todas estas obligaciones son personales, y la del sufrimiento de la pena, personalísima; sólo, pues, afectan a la persona y a sus bienes, sin deberse extender ni a otra persona ni a otros bienes. Los del delincuente, dado el supuesto de estar casado, pueden ser, o exclusivamente suyos, o los que constituyen su parte en mancomunidad, y unos y otros, con exclusión completa de los propios del otro cónyuge en los mismos conceptos, son los que la ley declara sujetos a las responsabilidades que nacen del delito. Pero como nada se hacía con establecer la doctrina en abstracto si no se llegaba a determinar el concreto, la ley tuvo que decidir el medio de fijar los bienes sujetos a las indicadas responsabilidades: nada tenía que decir respecto

de los exclusivamente propios del delincuente, pero como para determinar la cuantía de la parte que debiera corresponderle en los comunes es preciso liquidar forzosamente, se incurría en la necesidad de establecer el tiempo, el momento preciso al cual debía referirse la liquidación, y ordenó que se refiriera, no al de la perpetración del delito, sino al de la sentencia declaratoria de su comisión y de la imputación. Acerca de esto se han hecho largos y luminosos comentarios, con el objeto de justificar el precepto legal: todos pueden refundirse en la máxima de que nada debe tenerse por cierto mientras se ventila en juicio, y sólo, por consiguiente, resulta la certeza cuando la sentencia viene a declararla, destruyendo la duda. Mas, por poco que se pare la consideración en esta teoría, se encontrará que es más especiosa que real, y que, aunque pueda admitirse como necesaria jurídicamente, filosóficamente es falsa, mucho más si se quiere sentar como absoluta, porque desde luego será preciso conceder, no uno, que ya bastaría para negarla, sino infinitos casos de excepción. Por más que por piedad jurídica se admita que la responsabilidad penal no exista, no empiece a existir, hasta que por la sentencia se declare que lo que por la sentencia se declara es la existencia del hecho ilícito, con referencia al instante de su perpetración; y la responsabilidad civil del hecho ilícito nace inmediata y eficazmente. Si el reo o procesado, por la acción criminal, muere durante la prosecución del proceso, concluirá la causa en cuanto se dirigía a la imposición de la pena, y hasta habrá de reconocerse que ha muerto sin que haya podido imputársele el delito por el cual se le perseguía, pero esto tan sólo en lo que la imputación tiene de personalísima, y sin perjuicio de los derechos civiles de los perjudicados por el delito, que podrán exigir el resarcimiento a que estuviesen obligados los bienes del que por el hecho ilícito los perjudica. No es, pues, tan absoluta como aparece la doctrina de que el delito adquiere existencia legal cuando viene el fallo condenatorio, y, antes por el contrario, si esa máxima se admite sin la necesaria explicación y sin la distinción expresada, indefectiblemente con-

ducirá al absurdo. También se han detenido mucho los comentaristas en explicar la distinción que en la ley se indica entre los delitos que por su calidad llevan la imposición de la pena *ipso jure* y los que están fuera de esta condición. Fácil sería hacer alarde de erudición sin más que plagiar de lo mucho que se ha escrito, llegando hasta la diferencia de las excomuniones *late sententie et sententia ferenda,* pero lo creemos excusado: en primer lugar, por impropio en una obra cuyo objeto no es el derecho penal, y en segundo, por innecesario para la inteligencia de la ley, pues si bien es lo cierto que en ella se distinguen las dos clases de delito, es en el último término, para parificarlos por completo con referencia a lo que viene a determinarse.

Descartadas, por lo tanto, en lo que tienen de impertinentes, estas cuestiones, y una vez determinado el supuesto de que, conforme a lo preceptuado por la ley, la liquidación necesaria para distinguir cuáles de los bienes comunes como propios, exclusivamente del cónyuge delincuente, han de quedar sujetos a la responsabilidad, debe referirse al momento de la sentencia, pasemos a exponer: 1.° La que, en nuestro concepto, es la verdadera razón del precepto, y 2.° Cuál debe ser su recta aplicación. La sociedad conyugal, para todos sus efectos, debe considerarse subsistente mientras no exista un hecho que legalmente venga a destruir sus consecuencias: una de ellas es la mancomunidad de los bienes ganados mientras subsiste. Podía haberse reputado por suficiente el hecho del delito; la ley, sin embargo, no lo considera así, y establece que la mancomunidad subsista hasta la declaración de la sentencia. ¿Qué es lo que esto significa? La observancia del debido respeto a lo excelso de la sociedad conyugal, el deseo de conservarla, de no turbarla, mientras pueda hacerse sin notoria contradicción de lo que evidentemente debe reconocerse por justo. Esta, y no otra alguna, es para nosotros la razón de lo preceptuado, que vendrá a confirmarse con la exposición del segundo de los dos puntos que hemos indicado. Hecha la liquidación con referencia al tiempo en que se haya dictado la sentencia, que, por supuesto, debe ser la ejecutoria, co-

nocida la totalidad de los gananciales, si los hay, o su no existencia, vendrá a determinarse, caso de que los haya, cuál es la parte que al delincuente corresponde, y lo que en ella se comprenda será lo que quede sujeto a las obligaciones que ha producido el delito. Hecha abstracción de la pena corporal, con la parte de gananciales que se le atribuya deberá responder de la pecuniaria y de todo aquello a que ascienda el resarcimiento o indemnización de perjuicios. Acerca de esto no creemos que puede caber la menor duda, pero sí sobre la obligación de satisfacer las costas y gastos del proceso. ¿Deben ser de cuenta y a cargo de la mancomunidad, o exclusivamente de la parte de los gananciales correspondientes al delincuente? Para nosotros, en el mismo precepto legal se encuentra la decisión de esta duda. La unión marital, indudablemente obliga a la mutua y recíproca defensa: todo lo que en el proceso se gasta tiene por objeto el esclarecimiento de la verdad, y legal y jurídicamente siempre se supone que en la manifestación de lo verdadero consiste la verdadera defensa: carga de la sociedad, por lo tanto, debe ser lo gastado como necesario para un fin obligatorio y conducente a lo que no puede menos de reputarse beneficioso al a misma. Y, conforme con esto, la ley así lo ha determinado al preceptuar que la liquidación se refiera al momento de la sentencia, al momento en que ya se han causado todos los gastos, todas las costas que en el proceso se causen mientras subsista el supuesto de defensa, porque esos gastos y esas costas se supone que se van satisfaciendo sucesivamente y conforme se van causando, de modo que, al dictarse la sentencia, para el concepto, para la suposición legal, están ya satisfechas. Lo estrictamente justo, por consiguiente, en nuestra opinión, es distinguir los gastos y costas anteriores de los posteriores a la sentencia, e imputar los primeros a la mancomunidad y los segundos a la parte que corresponda al delincuente. Y esto por tan de justicia y por tan de comprendido en la ley lo tenemos, que lo creemos extensivo hasta los gastos y costas que se originen en negocios puramente civiles, porque la sociedad tiene, no sólo la obligación de manco-

mún y recíproca defensa, sino el interés, también común, de adquirir o conservar los bienes objeto del litigio, puesto que sus productos se hacen comunes.

El afán de analizar se ha llevado hasta el punto de presentar como objeción a lo determinado por la ley la facultad concedida al marido para enajenar los gananciales, formulándola en el siguiente sofisma, porque no merece el honor de tenerlo por argumento. La pérdida de bienes por delito es una enajenación: es así que al marido le es permitido enajenar aun la parte correspondiente a la mujer, cuando los gananciales están *pro indiviso;* luego también debe serle permitido obligarla por delito. En este silogismo son falsas la mayor y la menor; por consiguiente, ilegítima la consecuencia: ni la pérdida de los bienes por delito puede tenerse por enajenación en el concepto de la ley que al marido permite enajenar, ni la facultad que se le concede es absoluta, puesto que está restringida por la limitación de no poderlo hacer maliciosamente en fraude y perjuicio de la mujer. Podrá replicarse que no proponiéndose el marido, al cometer el delito, el perjuicio o daño de la mujer,deja de existir el supuesto a que la restricción se refiere, pero si no ha sido el objeto, vendría a ser el fin, y, en último término, el resultado idéntico. Esta, por lo tanto, es una de esas cuestiones universitarias, buenas tal vez para ejercitar el ingenio, para enseñar a estudiar, pero de todo punto impertinentes en el terreno práctico de la ciencia.

La ley 78 de Toro, 11, título 4.°, libro 10 de la N., viene a ser una confirmación de la anterior. Dice así: «La muger, durante el matrimonio, por delito pueda perder en parte, ó en todo, sus bienes dotales ó de ganancia, ó de otra qualquier qualidad que sean.» En la 77 se expresa el concepto declarando los bienes que no son responsables: «no pierda el uno por el delito del otro sus bienes, ni la mitad de las ganancias habidas durante el matrimonio». En la 78 se confirma el mismo concepto por medio de la determinación en sentido contrario, declarando que «la mujer que delinque durante el matrimonio puede perder por el delito sus bienes dotales o de ganancia, o de cualquier otra clase que

sean»; y es claro hasta por evidencia, y por eso mismo la ley lo omite, que si la obligación considera afecta a la mujer, con igual y aun mayor razón, en igualdad de circunstancias, ha de afectar al marido. Esto supuesto, parece que la ley es inútil, por redundante, e indudablemente, así puede considerarse en el actual estado de la legislación y jurisprudencia, pero al establecerla fué, no sólo útil, sino necesaria, porque precisamente tuvo por objeto concluir con ciertas dudas y contradicciones para venir a constituir el estado actual. Como reminiscencia del derecho romano y de lo consignado en las Partidas, estaba generalizada la idea de que el marido ganaba la dote cuando la mujer incurría en pena capital, a no ser que el delito fuera de lesa majestad, violencia pública, parricidio, homicidio o envenenamiento, porque procediendo la pena por cualquiera de estos crímenes, procedía también la confiscación, y, por lo tanto, el Fisco adquiría con preferencia al marido. Contra esta doctrina se habían ido reconociendo algunas excepciones que, por más que tuvieran el carácter de especiales, se encontraban bastante generalizadas; y como lo común suele ser, al desechar una doctrina, irse exageradamente a la opuesta, de la de que la mujer, por delito capital, perdiera sus bienes en favor del marido o del Fisco se había pasado a la contraria, y se reconocía como privilegio del sistema dotal el supuesto de que la mujer no perdiera la dote por ningún delito, aunque algunos exceptuaban de esta regla únicamente el de lesa majestad. En este estado la legislación y la jurisprudencia, vino la ley de Toro a establecer, según ya dejamos indicado, el de actualidad: si hoy hubiera de darse esa ley, no se daría: se tendría por inútil, por una mera redundancia de su anterior la 77, pero en la época en que se formaron y publicaron las leyes de Toro, no sólo debió considerarse útil, sino necesaria. De todos modos, todavía puede servirnos para determinar algunos de los conceptos ya expresados en el examen que hemos hecho de su anterior. Hemos dicho que la mitad de los gananciales deben responder a la pena y resarcimiento de perjuicios a que queda obligado el delincuente,

mas como puede suceder que esa mitad no alcance a cubrir las responsabilidades, en virtud de esta ley, con más determinación que por la otra, se decide que el déficit se impute a los bienes dotales, y de cualquiera otra especie, que pertenezcan a la mujer, cuando ésta sea la delincuente, y con idéntica o mayor razón a los que pertenezcan al marido, cuando él lo sea. Hemos también manifestado nuestra opinión de que los gastos y costas procesales deban deducirse de los gananciales en su conjunto, y antes de realizar la división como cargas de la sociedad, pero como también sobre esto puede verificarse el mismo supuesto de que esos bienes no sean suficientes, en tal caso el déficit deberá sacarse de los exclusivamente propios del delincuente, pues siendo lo cierto que la mujer, por delito propio, puede perder sus bienes dotales de ganancia o de cualquier otra calidad, y debiéndose reconocer esta doctrina extensiva a los bienes del marido, combinando lo que resulta establecido por las dos leyes, viene a resultar que cuando la obligación afecta a la sociedad y no puede satisfacerse con los bienes comunes, porque no existen o no alcanzan, para salvar el principio de que el inocente no debe ser perjudicado por un hecho ilícito que no haya cometido, los bienes del delincuente son los que deben responder. De modo que el inocente podrá perder lo que mancomunadamente haya adquirido, por tener que acudir a la defensa de su cónyuge y por considerarse esta obligación social, pero nunca perderá, por causa imputable únicamente al otro, lo que nunca haya sido común y sí de su exclusiva pertenencia.

Con el examen de las leyes 77 y 78 de Toro hemos podido determinar las responsabilidades que afectan a los gananciales por los delitos comunes o comprendidos en la idea general. Tenemos ahora que examinar lo concerniente a las especiales de infidelidad. La mujer, por el adulterio, pierde la parte que podría caberle en los gananciales. La ley 5.ª, título 5.º, libro 4.º del Fuero Real, así lo establece en los siguientes términos: «Si alguna muger se partiere de su marido, e se fuere afrontandola el marido, que se no vaya dél,

sin la pena de las arras que es puesta en ley, pierda todo quanto ganaron en uno, y hayalo el marido.» Puede suscitarse, en vista del texto legal, la duda de si el hecho considerado para la determinación es el adulterio o la fuga de la mujer con otro hombre, prohibiéndolo el marido, pero esta duda se desvanece con sólo considerar que por la ley 2.ª, título 7.º del mismo libro, no sólo la mujer casada, sino la desposada, derechamente pierde, por el adulterio, todos sus bienes a favor del marido, que puede hacer de ellos lo que quisiere, «si ninguno de los dos hoviere fijos derechos», es decir, «salvo los derechos de legitimas e reservaciones.» Además, por la ley 15, título 17, Partida 7.ª, se declara que la mujer adúltera «debe perder la dote e las arras que le fueron dadas por razon de casamiento, e deben ser del marido»; y por la 6.ª, título 25 de la misma Partida, «que si alguna muger de nuestra ley fuere casada e se tornase mora, ó judia, ó herege, e en aquella ley que recibe de nuevo se casare, ó ficiere adulterio, que las dotes, e las arras, e todos cuantos bienes de consuno hobieren ella e su marido, á la sazon que tal yerro fiziere, que sean todos del marido: e esta pena, que diximos que debia haber la muger, esa misma dezimos que debe haber el marido, si se tornare moro, ó judio, ó herege».

Dos cosas muy notables hay que observar respecto de de estas disposiciones legales: primera, que en todas ellas se declara que la mujer, por el adulterio, pierde sus bienes a favor del marido y no el marido a favor de la mujer; y esto hasta tal punto, que por la última de las Partidas al marido se le impone la misma idéntica pena que a la mujer cuando se torna moro, judío o hereje, y precisamente se omite al hacer esta declaración del supuesto del adulterio: con lo que viene a demostrarse que, por más que canónicamente se parifique el adulterio del hombre al de la mujer, siempre, y para todo, en el derecho civil se reconoce una notabilísima diferencia, como ya en diferentes ocasiones hemos tenido necesidad de hacerlo notar. La segunda consiste en encontrar consignada en la ley de Partida la doctrina de deberse referir el efecto del delito al momento de su perpetración, y

no al de la sentencia, a la sazón que tal yerro fiziere: con lo que se justifica la necesidad de la ley 77 de Toro, que vino a determinar lo contrario como regla general, resolviendo las dudas que a la sazón existían sobre este punto. También es preciso observar que en las mencionadas leyes, y con notable precisión en la 6.ª, título 25, Partida 7.ª, se declara que los bienes adquiridos por el marido a causa de infidelidad de su mujer están sujetos a reserva a favor de los hijos comunes. Y, por último, que no sólo pierde la mujer adúltera su parte de bienes gananciales a favor de su marido, sino también a favor de los herederos del mismo la viuda que vive lujuriosamente, como del modo más terminante se declara en la tercera parte de la ley 5.ª, título 4.º, libro 10 de la N., concebida en estos términos: «Y otrosi, mando y ordeno que si la mujer fincare viuda, y siendo viuda, viviere luxuriosamente, que pierda los bienes que hubo por razon de su mitad de los bienes que fueron ganados y mejorados por su marido y por ella durante el matrimonio entre ellos, y sean vueltos los tales bienes a los herederos de su marido difunto, en cuya compañia fueron ganados.»

Hemos dicho que los cónyuges podían perder la parte que de los gananciales debía corresponderles por delito, y que la mujer podía también perderla por renuncia. Expuesto ya todo lo que conceptuamos necesario acerca de lo primero, pasamos a ocuparnos en lo segundo. Dice la ley 6.ª de Toro, 9.ª, título 4.º, libro 10 de la N.: «Quando la muger renunciare las ganancias, no sea obligada a pagar parte alguna de las deudas que el marido hubiere hecho durante el matrimonio.» Esta es una de esas disposiciones legales terminantes, claras, equitativas y lógicas, que, sin embargo, han llegado a oscurecerse a fuerza de quererlas explicar. Puede también decirse de ella lo que hemos dicho de la ley 78 de Toro: en el estado actual de la legislación y la jurisprudencia, puede considerarse completamente inútil, mas cuando se dió fué necesaria precisamente para aclarar, destruyendo las dudas que lo oscurecían, lo que hoy aparece claro. ¿Qué es lo que sustancialmente se determina por la ley? Que el que renuncia, que el que cede

los bienes con que debía responder a ciertas y determinadas obligaciones, queda libre y quito de ellas; y he aquí por lo que decimos que la ley es clara, terminante, equitativa y lógica, porque no es otra cosa que la aplicación de un principio general a un caso particular. La mujer puede tener bienes dotales, extradotales, que sigan la condición de la dote, y parafernales: todos estos están, por su misma naturaleza, libres, completamente exentos de las deudas que por sí solo contraiga el marido durante el matrimonio, pero también, y además, puede tener la mujer participación en los gananciales, y como al marido se le reconoce la facultad de enajenar la totalidad de esos mismos gananciales y, por consiguiente, la de contraer deudas que los afecten, de la combinación de estas ideas resulta que la mujer, con la parte de los gananciales que podía corresponderle, debe responder de la parte de las deudas que el marido haya hecho durante el matrimonio: renunciando, pues, la mujer las ganancias, cediendo la parte que en ellas le corresponda o pueda corresponderle, jurídica, equitativa y lógicamente, queda libre y quita de toda obligación. Pero si bien esto es lo cierto a todas luces, entre los supuestos que en la ley se comprenden aparece uno que encarna en sí la gravísima cuestión que al principio de este capítulo indicamos, y que consiste en si la mancomunidad de bienes es forzosa, o tan sólo preceptuada para cuando otra cosa no se haya determinado por la voluntad de las partes. Para poder entrar en ella con los datos necesarios, a la par que desembarazadamente, examinaremos antes otras, de las que, sin embargo, no puede prescindirse, empezando por exponer las causas que, como ya hemos indicado, produjeron la necesidad de la ley.

Hemos ya dicho y repetido en diferentes ocasiones que en nuestra antigua legislación luchaban las máximas de la romana con las de la goda, particularmente en lo referente a la sociedad conyugal, y que uno de los principales objetos de las leyes de Toro fué aclarar y determinar los puntos dudosos o controvertibles. Respecto del que estamos considerando, se presentaba la ley 14, título 20, libro 3.°,

del Fuero Real, que dice así: «Todo deudo que marido e muger ficieren en uno, paguenlo, otrosi, en uno: e si antes que fuesen ayuntados por casamiento alguno dellos ficiere deudo, paguelo aquel que lo fizo, y el otro no sea tenudo de pagarlo de sus bienes.» Esta ley era interpretada según aparece por las 207 y 223 de las del Estilo, que dicen así: «Todo el deudo que el marido y la muger ficieren en uno, paguenlo, otrosi, en uno. Y es, á saber: que el deudo que face el marido, magüer la muger non lo otorgue, ni sea en la carta del deudo, tenida es á la meytad de la deuda. E otrosi, es á saber: que si la muger se obliga con el marido al deudor de mancomun, y cada uno por todo, que si á la muger demandan toda la deuda que lo puede fazer, es tenida de pagar toda la deuda. Otrosi, si la muger es menor de edad que el Fuero manda, y es casada, e se obliga con su marido en el emprestido en la carta del deudo, tenida es ella á la su meytad del deudo, e si se obligo de mancomun, e cada uno por todo, será tenida á todo el deudo si gelo demanda, magüer sea menor de edad: ca el casamiento, e la malicia, suple la edad. E como quiere parte en las ganancias, asi se debe para á las deudas: mas si la que es menor de edad no se obligo en la carta con su marido, no sera tenida á la deuda. Y el hombre menor de edad desque casado es, sera tenido á todo emprestido e obligamiento de deuda que faga; pero en las otras cosas donde es otorgada restitucion á los menores, podra demandar restitucion.» «Otrosi, si el marido es mayordomo, ó arrendador, ó cogedor, tambien será la muger, e sus bienes de la muger tenidos como los del marido, salvo si la muger, ante hombres buenos, tomase recaudo en como ella decia que no queria ser tenida á ninguna cosa que su marido hobiese de haber e de recaudar destas cosas sobre dichas, ni haber ende pro, ni daño.»

La segunda parte de la ley del Fuero es tan equitativa como terminante: de las deudas que cada uno de los cónyuges tenga contraídas al constituir la sociedad deben responder los bienes que al mismo pertenezcan, con absoluta exclusión de los del otro. Pero en la primera parte, y al

tratar de las contraídas en uno, es decir, mancomunadamente, existiendo ya la sociedad, determina que se paguen en uno, sin distinguir si la obligación se limita a los bienes comunes o se extiende a los exclusivamente propios, de modo que afecte a los dotales o extradotales de la mujer. Indudablemente, la ley adolecía, en esta parte, de oscuridad, y las interpretaciones, en lugar de desvanecerla, vinieron a aumentarla. Necesario se hacía, por lo tanto, determinar los conceptos. Al efecto, se dictaron, no sólo la ley 60 de Toro, sino otras de las mismas Cortes, mas como en ellas se encuentran mezcladas las prescripciones acerca de las obligaciones contraídas juntamente por ambos cónyuges con las referentes a fianzas, sería muy embarazoso entrar ahora en su examen, por lo que, dejándolo para su lugar oportuno, no podemos, sin embargo, prescindir de esta ligera indicación, por ser precisa para consignar que la ley 60 de Toro se refiere únicamente a las deudas que durante el matrimonio contraiga el marido por sí solo, y sin que bajo ningún concepto intervenga la mujer.

Entrando ya en el examen de las cuestiones que proponen los autores, empezaremos por la que se refiere al tiempo en que la renuncia puede hacerse. Todos convienen en que, sin ningún inconveniente, debe admitirse que la mujer puede hacerla antes de constituirse la sociedad conyugal y después de haberse disuelto, mas al examinar si podrá hacerla mientras la sociedad subsiste, suponen algunos que a ello se opone la prohibición de hacerse donaciones los cónyuges entre sí. A la sola indicación de esta duda aparece la absoluta necesidad de traer a consideración, para resolverla, todo lo concerniente a donaciones entre cónyuges. En esta misma necesidad hemos incurrido al tratar otras diferentes materias, y lo mismo ahora que entonces tenemos que decir que, refiriéndonos a lo que se expondrá con la debida latitud, respecto de esa especie de donaciones, en el título que dedicaremos a tratarlas en general, adelantaremos algunas ideas, si bien tan sólo en lo que sean suficientes. La prohibición de las donaciones entre cónyuges no aparece tan absoluta en nuestro verdadero derecho

patrio, en el llamado por excelencia derecho real, como en la legislación de las Partidas; y, de cualquier modo que sea, aun en las mismas leyes en que más directamente se establece, se admite la excepción de que las donaciones entre cónyuges sean válidas cuando, o el donante no se hace más pobre, o el donatario no se hace más rico; porque teniendo por objeto la prohibición el evitar engaños, defraudaciones o estafas de que pudiera ser víctima el cónyuge más bondadoso, más cariñoso, más sencillo, en favor del que procediera con más malicia, cuando, o no hay perjuicio, o no hay beneficio que excite, cesa la razón de la regla general. Al hacerse la renuncia durante el matrimonio, o se sabe que hay gananciales, o que no los hay, o se duda acerca del supuesto: si no los hay, o se duda, no puede haber razón fundada de interés que excite a la malicia; si se sabe que los hay, también se sabe que puede dejar de haberlos, porque siendo lo cierto que al marido compete la facultad de enajenarlos, y que hasta tiene la obligación de destinarlos al levantamiento de las cargas del matrimonio, como los que ésta importen, o puedan importar, es desconocido y dependiente de las circunstancias, de las visicitudes que sobrevengan, nunca la renuncia versa sobre seguro, y sí siempre por lo mismo, sobre lo contingente, resultando, por lo tanto, que se niega también, en este caso, la suposición de interés que induzca a la malicia. Y, sobre todo, aunque alguna duda pudiera caber, el mismo texto legal la destruye. La ley admite el supuesto de que la mujer renuncie, y es indisputable que por mujer, jurídicamente, se entiende la casada, no la soltera ni la viuda. Para concordar, por lo tanto, toda las prescripciones legales que deben concurrir en la materia, deberá reconocerse la facultad de hacer la renuncia durante el matrimonio, sin perjuicio de tenerla por nula si llega a justificarse que, para conseguirla, el marido ha procedido maliciosamente, pues nunca el derecho favorece la malicia.

También se ha disputado acerca de los efectos que produce la renuncia: han querido algunos suponer que con ella se destruyen todos los consiguientes a la mancomuni-

dad de bienes. Para sostenerlo acuden a considerar inicuo que el marido se aproveche de los productos de los bienes de la mujer, cuando ésta no puede aprovechar los producidos por los del marido, pero, por poco que se pare la atención acerca de este punto, se comprenderá que más violenta sería la consecuencia que de tales premisas intentan deducir. La renuncia, ni se concede, ni puede concederse con extensión de que llegue a ser perjudicial a otro, por lo mismo que se deja el usar o no usar de ella a la voluntad de la mujer, y, por consiguiente, sin que nadie pueda oponerse a su ejercicio. Si, pues, la mujer, renunciando los gananciales, privara al marido de la percepción y disposición de los frutos dotales o extradotales que siguieran la condición de la dote, forzosamente le irrogaría un perjuicio, puesto que de ningún modo podría evitarlo. Además, sobre el marido pesa la obligación de levantar las cargas de la sociedad conyugal: en perfecta relación y concordancia con este gravamen está el derecho de administrar los bienes que a la misma sociedad aportan los dos cónyuges, de percibir sus productos y decidir acerca de su inversión. Este derecho y esta obligación se extiende, no sólo a lo relativo a los dos cónyuges, sino a los demás individuos que constituyen la familia, como son los hijos, a los cuales está el padre obligado, por regla general, a mantener y educar, mientras se encuentran constituídos bajo su potestad: si, pues, por la renuncia de la mujer se privara al marido de la percepción, disfrute e inversión de los productos de los bienes de la misma, llegaría a constituirse un estado, en el cual, o tendrían que dividirse entre los dos cónyuges las obligaciones de mantener y educar la prole, o, si a la mujer se la consideraba libre de ellas, pesarían sobre el marido, al mismo tiempo de estar privado de parte de los medios que la moral, la equidad y el derecho exigen y determinan que al efecto se dediquen. Todo esto, según a primera consideración resalta, resulta con estricta aplicación al supuesto de que la renuncia se haga constante la sociedad conyugal, mas no así cuando la renuncia se hace antes de constituirse o después de disuelta. En este último caso, ya no puede

tener cabida la cuestión, porque lógicamente se destruye con la fórmula de negarse el supuesto. Disuelto el matrimonio, por el mero hecho quedan destruídos los efectos de la mancomunidad; no puede admitirse, por consiguiente, que se destruyan por la renuncia. La mujer, al hacerla, en este caso, ni al marido, ni a sus herederos, les priva de la percepción, disfrute e inversión de los productos de sus bienes, por la sencilla razón de que no les puede quitar lo que no tienen; por consiguiente, la cuestión no existe, por carecer de objeto, por negarse, como ya hemos dicho, el supuesto. Réstanos todavía examinar el caso en que la renuncia se haga antes de constituirse la sociedad conyugal, pero esto está ya íntimamente relacionado con la que hemos calificado de cuestión fundamental en esta materia, y, por lo mismo, creemos deber reservarlo para cuando nos ocupemos en su concreto examen.

Pasemos, pues, a considerar otras cuestiones referentes a los efectos de la renuncia. Hemos ya sentado como un verdadero principio, como una verdadera cuestión sintética e incuestionable, que a la facultad concedida a la mujer no debe dársele la extensión de que pueda ejercerla en perjuicio de otro alguno. Los autores, sin embargo, proponen la duda de si deberá tenerse por eficaz cuando resulte en perjuicio de sus acreedores. Lo primero que hay que hacer para llegar a decidir la cuestión es analizar los conceptos, para llegar a fijar a qué, verdaderamente, se reducen, cuándo y cómo puede tener lugar. Y de este examen, desde luego, y a primera consideración, resulta que, encerrándonos en la ley, limitándonos a su terreno, hay que contestar con la misma fórmula ya expuesta en la cuestión anterior, negando el supuesto. La ley, lo que declara es que, cuando la mujer renuncia los gananciales, queda libre de la parte que debería corresponderle en las deudas que su marido ha hecho durante el matrimonio; ni en la ley, por consiguiente, se trata de deudas de la mujer, ni con su renuncia puede perjudicar a los acreedores por deudas contraídas por su marido, puesto que a favor de los mismos, como ya repetidas veces hemos dicho, sólo pueden estar afectos los

bienes gananciales y los del marido: renunciando la mujer a lo que en los gananciales la corresponda, nunca puede perjudicarlos y sí favorecerlos, porque siempre es favorable al acreedor que se aumenten los bienes del deudor. Hasta aquí, por lo tanto, se resuelve la cuestión con sólo negar el supuesto. Pero vamos al caso en que haya de reconocerse su existencia. Supongamos que existan acreedores por deudas propias de la mujer con exclusión del marido: aquí, y sólo aquí, aparecerá la cuestión. Pero ¿podrá decidirse por la ley 60 de Toro? Creemos que sí, aunque en sentido contrario. Esta ley declara a la mujer que renuncia a los gananciales libre de contribuir al pago de las deudas que su marido haya contraído durante el matrimonio: resulta, por consiguiente, a sentido contrario, que la mujer está obligada a satisfacer las deudas no comprendidas en la declaración, y, por consiguiente, las que ella por sí haya contraído. Con sus bienes propios tendrá que responder de esta obligación, pero también puede acontecer que no tenga otros que los que deben corresponderle por gananciales, y he aquí el último término de la cuestión. A este último término no llega la ley 6.ª de Toro: la cuestión, por consiguiente, debe resolverse, no por ella, sino por las demás que determinan la ineficacia de los actos que realicen los deudores en perjuicio de sus acreedores. La renuncia, por lo tanto, en cuanto los perjudique será ineficaz. Los expositores, sin embargo, proponen una distinción que no tenemos inconveniente en admitir, con tal que se sujete a la máxima o principio expresado. Dicen que la renuncia será válida cuando se refiera a lo futuro, y nula cuando se refiera a lo pasado, porque en el primer caso, como el resultado es contingente, como no puede saberse si ha de haber o no gananciales, ni, por consiguiente, si la mujer ha de adquirir algo con que deba responder a sus acreedores, en el acto de renunciar, ni los perjudica, ni puede suponerse que trate de perjudicarlos. Mas si la renuncia se refiere a lo ya pasado, si cuando se hace existen bienes gananciales, aunque es lo cierto que pueden dejar de existir, siempre resultará que en el momento del acto determina-

tivo, por el mismo hecho se eximen los bienes de la responsabilidad que los afecta, quitando a los acreedores un derecho, aunque contingente, para transferirlo al marido, y, en último resultado, en beneficio de la mujer o de sus herederos, si lo son los hijos del matrimonio. Repetimos, por lo tanto, que no encontramos inconveniente en resolver la cuestión por medio de esta distinción, pero, aun admitiéndola, sin perder nunca de vista lo que en cada caso particular pueda aparecer de fraudulento o malicioso.

Extienden también los autores la misma cuestión al supuesto de las herencias forzosas, proponiendo si la mujer podrá hacer la renuncia en perjuicio de las legítimas. Indudablemente, si se admite que la mujer pueda renunciar en favor de su marido todo lo que por gananciales le corresponda, y con sólo suponer, para mayor claridad y para evitar complicaciones, que no tiene otros bienes que los que en tal concepto debían corresponderle, el resultado será que sus herederos forzosos queden privados de sus legítimas y que venga a destruirse por completo todo lo que de preceptivo tiene la legislación sobre esta materia, puesto que a la voluntad de la mujer queda el eludirla. Como esto no puede admitirse sin dar en notoria contradicción, resulta la necesidad de rechazarlo, y se incurre en la de admitir el mismo medio de solución que respecto de los acreedores. La renuncia, por consiguiente, deberá tenerse por nula siempre que resulte en perjuicio de las legítimas, admitiendo, a lo sumo, la distinción de reconocerse válida la que se refiera a lo futuro, e ineficaz la que se refiera a lo pasado o bienes ya adquiridos.

Fuera de estas restricciones, la renuncia podrá hacerse, tanto por lo que respecta a lo pasado como a lo futuro; y es evidente, con sólo considerar que por ninguno se ha puesto en duda la posibilidad de hacerla después de disuelta la sociedad conyugal, en cuyo caso forzosa y únicamente tiene que referirse a lo pasado, puesto que ya no puede referirse a lo presente ni a lo futuro, porque ni cabe ya, desde el momento de la disolución, y, por consiguiente, en el momento en que se hace la renuncia, adquisición

en concepto de mancomunidad, ni mucho menos, por idéntica razón, puede referirse la idea a lo futuro. El Supremo Tribunal, en sentencia de casación publicada el 18 de octubre de 1861, dice «que, conforme a la ley 60 de Toro, para que la mujer no sea obligada a pagar parte alguna de las deudas que el marido hubiese contraído durante el matrimonio, es necesario que anticipadamente haya renunciado los bienes gananciales». Preferimos confesar que, por más que hemos estudiado con el mayor detenimiento toda la sentencia, no hemos podido comprender lo que esta decisión significa, a tener que decir que la encontramos enteramente contraria a la misma ley citada y a toda la doctrina que todos los autores reconocen, sin ninguna contradicción, acerca de esta materia. ¿Se quiere decir que la renuncia debe ser hecha antes de que el marido contraiga las deudas? Pues, en este caso, la renuncia no puede hacerse después de disuelta la sociedad por muerte del marido, y no creemos que se encuentre un solo expositor del derecho que ni siquiera haya dudado en afirmar lo contrario. ¿Se quiere decir que la renuncia debe hacerse antes de la liquidación de los gananciales, o, si se quiere, antes de aceptar la parte que a la mujer corresponda? Pues, aun en este caso, de las deudas que haya contraído el marido, y sin su intervención, sólo tendrá que responder la mujer con aquella parte de bienes que por gananciales se le hayan adjudicado, y, por consiguiente, renunciándolos todos, libre y quita queda de la supuesta obligación. Nos encontramos, por consiguiente, en el indicado dilema: o no lo hemos entendido, o el considerando encierra una herejía jurídica; más fácil es lo primero que lo segundo. En nuestro concepto, en nuestra opinión, la mujer puede renunciar los gananciales, y no sólo ella, sino sus herederos, y con la renuncia siempre se libra de pagar la parte de las deudas que el marido haya contraído por sí solo durante la sociedad conyugal, porque nunca resultará que la renuncia, ya se haga anticipadamente, ya posteriormente a cualquiera supuesto, perjudique a los acreedores del marido: nunca, ni de ningún modo, puede perjudicarles y sí fa-

vorecerles. Por eso la ley, clara y terminantemente, y hasta de un modo absoluto, consigna su precepto.

Si, pues, la mujer con la renuncia a nadie perjudica ni puede perjudicar, ¿podrá perjudicarse o favorecerse a sí misma? Lo que por la ley se le concede es el quedar libre de la parte de deudas que el marido haya contraído durante el matrimonio, pero, bien considerado, esto es puramente ilusorio. ¿Qué beneficio le resulta no pagar, cuando para librarse de la obligación tiene que renunciar a todos los bienes obligados? Dícese que también consigue la ventaja de no tener que sujetarse a la liquidación del haber social cuando la sociedad se disuelve y de poder sacar inmediatamente los que le son exclusivamente propios, pero esto es otra ilusión. Conforme a la ley 4.ª, título 4.°, libro 10 de la N., para determinar lo que debe considerarse gananciales, lo primero que hay que hacer es justificar los bienes que son exclusivamente propios de cada uno de los cónyuges, y la mujer, desde el momento de la justificación, puede reclamarlos y separarlos; si, pues, lo mismo renunciando los gananciales que sin renunciarlos, para sacar sus bienes exclusivamente propios tiene que justificar cuáles son, y, hecha la justificación, puede ya, sin más, reclamarlos y sacarlos, absolutamente ningún beneficio le produce la renuncia. No hay, pues, que hacerse ilusiones: la renuncia nunca puede serle beneficiosa y sí puede serle perjudicial, porque si no la hace, nada pierde y puede ganar, y, haciéndola, nada gana y puede perde; o, por mejor decir, desde luego, pierde, cuando menos, la posibilidad de ganar. Véase cómo también por este medio, y en último término, viene a confirmarse la proposición que hemos asentado de que la ley 60 de Toro, si bien, al sancionarse, fué muy útil, y hasta necesaria, como aclaratoria de la del Fuero Real, y aun más de las interpretaciones a ésta dadas, y que aparecen en las del Estilo, sustancial y determinativamente nada hizo, por lo que no se modificaron en lo más mínimo los principios reconocidos y los preceptos establecidos sobre la materia; así es que muy raro será el caso en que la mujer acuda a usar de lo que por ella se preceptúa. Y,

sin embargo, en ella aparece un supuesto de otra importancia, y que vamos a considerar, abordando ya la cuestión que hemos indicado ser, a nuestro juicio, la más grave de las que se presentan en materias gananciales.

La ley aparece, no como concediendo. sino cono reconociendo en la mujer la facultad de renunciar los gananciales, es decir, consignando que, a su promulgación, esa facultad existía. Hemos ya visto cuán conforme con todos los demás principios reconocidos y preceptos establecidos viene a resultar esta misma facultad: es de notar, sin embargo, que la ley la reconoce en la mujer, y nada dice acerca del marido. ¿Deberá, pues, o no reconocérsele? Forzoso es admitir la afirmativa, aunque en concepto muy determinado. El marido, constante el matrimonio, puede conceder a la mujer la administración, con la percepción e inversión de los productos, pero no de un modo irrevocable, porque en este caso incurriría en la prohibición de contratar obligatoriamente, de donar a su cónyuge. El objeto de la renuncia, el fin que con ella se pretende conseguir por parte de la mujer, es el quitamiento de las obligaciones resultantes de los actos que el marido haya realizado, constante el matrimonio; y como la mujer, en el supuesto dado, siempre tendría que proceder por autorización y, por consiguiente, en nombre del marido, nunca al marido podría considerársele libre de las obligaciones que su apoderada contrajera: el marido, por consiguiente, aunque al conferir el poder renuncie los gananciales, siempre tendrá que responder con ellos, y si no son suficientes, con sus bienes, exclusivamente propios, de las deudas que la mujer, mientras ha ejercido el apoderamiento, haya contraído. No es, por lo tanto, aplicable la doctrina declarada en la ley 60 de Toro al marido, y, por eso, perfectamente se contrae a la mujer. En su respectivo lugar hemos dicho que sólo pueden constituirse bienes parafernales mediante la voluntad, el consentimiento del marido, y como que mientras subsiste la sociedad conyugal no pueden los cónyuges contratar entre sí de un modo irrevocable, aunque el marido conceda parafernales a la mujer, puede siempre revocar la con-

cesión. Esta doctrina jurídica, incontrovertible, a nuestro juicio, fué considerada como fundamento legal para el pleito que se decidió por la sentencia del Supremo Tribunal publicada en 11 de enero de 1859. La cuestión se reducía a si debía ser válido y subsistente un contrato celebrado entre dos cónyuges, por el cual habían convenido en dividirse por mitad el caudal adquirido, facultándose mutuamente para disponer de su parte como a cada uno conviniese y para plantear con entera independencia sus establecimientos, y el Supremo Tribunal dice «que esto es insostenible, bajo el doble aspecto de la legalidad existente y de la naturaleza del matrimonio, pues la primera prohibe tales convenios entre marido y muger, y no es compatible con las segundas la disolución de la sociedad conyugal, aun cuando sólo se limite a los efectos civiles o a los intereses materiales, mientras no la autoricen los Tribunales competentes». En el pleito, la mujer litigaba sosteniendo la validez del contrato: el marido la contestaba, y, al fallarse en su favor, vino a determinarse que la convención era nula, o, cuando menos, revocable a voluntad del marido.

Pero si esto es lo exacto, lo verdaderamente legal y jurídico, no lo es menos el supuesto de que, antes de contraerse el matrimonio, los que pretenden casarse pueden pactar entre sí de un modo eficaz e irrevocable, y he aquí la cuestión. Los efectos de la sociedad conyugal, con referencia a gananciales, ¿son forzosos hasta el punto de no poderse eludir por convención? Para resolver es preciso acudir a una distinción: si nada se ha pactado contra la mancomunidad al verificarse el matrimonio, al constituirse la sociedad conyugal, como implícitamente comprendidos en el contrato, como condiciones naturales del mismo, los efectos de la mancomunidad serán forzosos por convenidos, por contratados, y porque, estando vedada la facultad de que los cónyuges contraten entre sí, resulta imposible el medio de destruir un contrato por otro. Pero antes del matrimonio, siendo lo cierto que el marido puede consentir en que la mujer disfrute como parafernales todos sus bienes habidos y por haber, y que la mujer renuncia los

gananciales, de la combinación de estas dos ideas tiene que resultar la completa anulación de los efectos de la sociedad conyugal respecto a los mismos gananciales. La cuestión, por consiguiente, se resuelve en concepto de no ser absolutamente preceptiva y forzosa la obligación de la mancomunidad de bienes gananciales, y, en último término, que subsiste, como existía en la legislación del Fuero Juzgo y la de las Partidas, la facultad de que los que traten de contraer matrimonio pacten y contraten válida y eficazmente la manera de disfrutar los productos de sus respectivos bienes durante la sociedad conyugal, siempre que el pacto o contrato se haya otorgado antes de la constitución de la misma sociedad.

§ IV

De la liquidación de los gananciales.

Cuándo ha de verificarse la liquidación. — Excepción en el caso de delito de uno de los cónyuges. — Modo de verificarse la liquidación. — Fuero de Baylío o de Alburquerque.—Derogación de la costumbre de Córdoba que excluye a la mujer de los gananciales.

La exposición del modo de liquidar los gananciales no sólo puede reportar utilidad por sí, sino también servir de epílogo o recapitulación de todo lo concerniente a la materia, y he aquí la razón que nos ha movido a dedicarle un párrafo separado para comprender en él cuándo y de qué manera debe verificarse. Respecto de lo primero, la regla general se reduce á que los gananciales deben liquidarse natural y legalmente cuando concluye la sociedad conyugal, porque siendo uno de sus efectos la mancomunidad, necesariamente concluye cuando deja de existir la causa, y entonces sobreviene la también consiguiente necesidad de distinguir la parte que a cada uno de los cónyuges pertenece en lo que hasta entonces ha sido común. Una sola excepción puede admitir esta regla, y consiste en tenerse

que hacer la liquidación, aun existiendo la sociedad conyugal, cuando por delito de uno de los dos cónyuges es preciso conocer cuál es la parte de gananciales responsable a las obligaciones que el mismo hecho ilícito origina. Pero todavía en esto hay que hacer una distinción, o, por mejor decir, recordarla. El delito puede ser de los que comprenderemos en la calificación de comunes o en los llamados de infidelidad: si consiste en el adulterio de la mujer, puede tenerse por comprendido en la regla general, pero al mismo tiempo resulta que la liquidación no es absolutamente necesaria, porque siendo lo cierto que el marido adquiere los gananciales en su totalidad, para nada necesita liquidar, a no ser que tenga que responder la mujer de alguna obligación pecuniaria procedente del delito y al marido convenga justificar cuáles son sus bienes, para, dado el caso de que los de la mujer no basten, excusarse de satisfacer con los que no pueden estar obligados. Lo mismo debe observarse cuando el delito consista en vivir la viuda lujuriosamente, puesto que también en este caso incurre en la pérdida de los gananciales a favor de los herederos del marido. Pero todavía hay que advertir que, aun admitido el supuesto de que el marido, cuando por el adulterio de la mujer gane los gananciales, no quiera liquidar, si tiene hijos de aquel matrimonio, tendrá que hacerlo, porque las leyes que le conceden el derecho le imponen la obligación de reserva, y para poderla realizar es indispensable conocer a qué bienes se refiere. En los delitos comunes, la liquidación es indispensable: ya hemos dicho que debe referirse, según la ley 77 de Toro, al momento de la sentencia ejecutoria, y hemos expuesto nuestra opinión de que los gastos y costas del proceso deben sacarse de los bienes comunes. Este es, por lo tanto, el único caso de excepción en que, aun constante la sociedad conyugal, procede la liquidación, porque por los delitos comunes la sociedad no concluye, y no puede extenderse el concepto excepcional al adulterio, por lo mismo que éste es causa suficiente de la disolución de la sociedad, aunque no llegue a serlo del matrimonio.

Con lo referente a los delitos se relaciona la determinación de otra de las reglas que rigen el modo de proceder en la materia. Pueden o no existir gananciales, pero no cabe admitir que existan ganancias para uno de los cónyuges y pérdidas para el otro, a no ser mediante el delito, porque si las obligaciones que de él se originan no pueden ser satisfechas con la parte de gananciales que al delincuente corresponden, el déficit habrá de sacarse de sus propios bienes, resultando que pierda, al mismo tiempo que el otro gane lo que, verificada la liquidación, resulte que le pertenece. Puede, sí, acontecer que la mujer no gane y que el marido pierda, aun sin mediar delito, pero no lo contrario; porque si los gananciales, en su totalidad, no bastan a cubrir las deudas contraídas por el marido durante la sociedad conyugal, el déficit habrá de satisfacerse con los bienes exclusivamente propios del marido, sin que la mujer pierda parte alguna de los que a ella en el mismo concepto le pertenezcan, si bien, en este caso, la verdad es que no existen gananciales. Resultará, por último, cuando la mujer renuncie los gananciales, que ella ni pierda ni gane, y que el marido pueda ganar y perder: en estos conceptos, y en sus naturales combinaciones, se comprenden todos los resultados de los supuestos que pueden concurrir para la determinación del objeto y fin de la liquidación de los bienes gananciales, con lo que podemos ya pasar a examinar el modo de verificarla.

Para ello, lo primero que hay que considerar es lo que ya hemos visto que establece la ley 4.ª, título 4.º, libro 10 de la N. Todo lo que, al tenerse que hacer la liquidación, resulte haber estado en poder de la sociedad, se considera común; deben agregarse además las dotes y donaciones *propter nuptias* que los hijos de ambos sexos hayan recibido durante la sociedad conyugal, porque ya hayan sido dadas por ambos cónyuges, ya únicamente por el padre, si existen gananciales, de ellos deben pagarse, o en ellos deben computarse, para dividir la obligación por mitad, conforme a la ley 53 de Toro. Aumentan también el acervo común todos los créditos que en favor de la sociedad o de cada

uno de los cónyuges existen. Conocida ya la suma, se procede a las deducciones, empezando por sacar los bienes que la mujer justifique haber aportado a la sociedad como exclusivamente propios, porque éstos, indudablemente, tienen la preferencia en primer término. Si son raíces o específicos, conforme a lo que hemos dicho al tratar de las dotes, podrá vindicarlos, desde luego; si consisten en valores, de modo que sólo constituyan créditos, deberán ser reconocidos para poderlos reclamar con la consiguiente preferencia. Satisfecha de este modo la mujer, deducirá el marido lo que también justifique haber aprontado como exclusivamente propio a la sociedad conyugal, y, hechas ambas deducciones, necesariamente ha de resultar si existen o no gananciales, porque, o no pueden cubrirse los dos respectivos haberes, o se cubren y nada sobra, o resulta algún sobrante. En los dos primeros casos no hay gananciales; sólo, por lo tanto, existen en el tercero. Si los hay, de ellos deben pagarse las deudas que existan contra la sociedad, ya porque hayan sido contraídas mancomunadamente, ya legítimamente por solo el marido, como su administrador, director y jefe, y entre las demás, por supuesto, deberán comprenderse las dotes y donaciones *propter nuptias*, sin perjuicio de la obligación en que quedan, los que las reciben o hayan recibido, de colacionarlas, cuando se trate de la herencia de los que las hayan constituído. Si en el pago de las deudas, dotes y donaciones se consume todo lo que ya hemos dicho, debe reputarse gananciales, de modo que quede compensado, aunque no pueda decirse que no existen, tendrá que reconocerse que se han consumido en las obligaciones que los afectan, aunque con la diferencia de que las deudas disminuyen verdaderamente los gananciales, y las dotes y donaciones *propter nuptias*, no, en razón a que deben, como ya lo hemos dicho, ser colacionadas y, por consiguiente, consideradas como aumento de los bienes que a cada uno de los cónyuges le pertenecen, adjudicándoselas por mitad.

Si separados los bienes que a cada uno corresponden como exclusivamente propios, lo restante se consume en

satisfacer las deudas que el marido haya contraído durante la sociedad, inclusas las dotes y donaciones *propter nuptias* que él por sí solo haya contraído, y todavía no basta, el déficit tendrá que suplirlo el mismo marido de sus bienes propios, de modo que la mujer sólo responderá con los suyos de las deudas que haya contraído mancomunadamente con su marido y con todas las circunstancias que deben concurrir para que le obliguen, y de la mitad de las dotes y donaciones *propter nuptias* que, en unión con el mismo marido, hubiere constituído. Este es, en lo sustancial, el modo de hacerse la liquidación, si bien las circunstancias especiales que en cada caso concurran pueden hacer conveniente alguna variación accidental en la manera de proceder. Desde luego, se comprenden, hasta el punto de no ser necesario más que indicarlas, las modificaciones, que no pueden menos de admitirse cuando la liquidación deba tener lugar por causa de delito, y con la distinción de si es o no de los que disuelven la sociedad conyugal, pero no está demás advertir que, cuando la disolución se produce por delito, de cualquiera especie que sea, para ventilar y decidir todos los efectos deberá admitirse por parte al mismo delincuente, y cuando la causa es la muerte de alguno de los dos cónyuges, sus herederos representan todos los mismos derechos que en él hemos considerado. Verificada definitivamente la liquidación, y determinados, en su consecuencia, los respectivos haberes, lo que procede es realizar los derechos, por medio de la equitativa adjudicación, cuando los bienes no consistan en dinero y sea preciso cubrir los valores con fincas o muebles. Pero es preciso, al efecto, tomar en cuenta otro supuesto. Pueden existir mejoras en los bienes exclusivamente propios de uno u otro cónyuge: su valor debe haberse computado en la totalidad, y según las reglas que ya en su lugar dejamos sentadas. Sin embargo, al detraer la finca, su dueño, naturalmente, con la mejora la ha sacado, y es preciso, al adjudicarle o entregarle su parte de gananciales, deducirle la mitad de lo que la mejora importe, y he aquí la razón por que las leyes, con toda exactitud, dicen que el propietario tiene que

abonar la mitad de la mejora al otro cónyuge, y nosotros hemos dicho repetidas veces que es lo mismo abonar el todo a la masa común. Generalmente conviene computar la totalidad para formar la base del cálculo, y al verificar la adjudicación o pago, hacer al cónyuge a quien no pertenece la finca mejorada el correspondiente abono de la mitad del valor de la mejora.

Aquí debíamos concluir, porque con lo expuesto creemos haber dicho lo suficiente a la explicación de la materia en todo lo que puede considerarse general, pero están recopiladas en el título 4.ª, libro 10 de la N. dos leyes que, aunque refiérense a dos especialidades, no queremos pasar en silencio. Por la una, la 12 del citado título, se aprueba la observancia del Fuero denominado de Baylío, concedido a la villa de Alburquerque por D. Alfonso Téllez, su fundador, yerno de Sancho II, rey de Portugal, conforme al cual, todos los bienes que los casados llevan al matrimonio, o adquieren por cualquier razón, se comunican y sujetan a partición como gananciales, y se manda que los Tribunales se arreglen a él para la decisión de los pleitos que sobre particiones ocurran en la villa de Alburquerque, ciudad de Jerez de los Caballeros y demás pueblos donde se observaba al hacerse la declaración, que fué por Cédula del Consejo de 20 de diciembre de 1778. El Sr. D. Carlos III, al hacer esta declaración, indudablemente procedió con la recomendable prudencia de respetar las costumbres, cuando no se oponen a la moral ni a los demás buenos principios que deben regir la sociedad; se reservó, sin embargo, el poder providenciar en adelante otra cosa que la necesidad o transcurso del tiempo acreditase ser más conveniente, si lo representasen los pueblos, dando también en esto otra prueba de las altas máximas por que se guiaba para legislar, puesto que reconoce que las leyes deben darse conforme a lo que el pueblo pida, siempre que a ello no se oponga la moral, la razón o la justicia. Por lo demás, únicamente tenemos que decir que se ha propuesto por algunos la cuestión de si la aclaración hecha en la ley debe admitirse como estatuto real o como personal. Nos inclinamos a lo

primero: a que sólo los bienes comprendidos en las jurisdicciones en que el Fuero rige son los que deben sujetarse a la disposición de la ley, si bien con extensión a los muebles y valores pertenecientes a los cónyuges vecinos en los mismos territorios, pero de ningún modo a los raíces que estén fuera de ellos.

La segunda de las indicadas, que es la ley 13 del mismo título, tiene por objeto la abolición o derogación de la costumbre o estilo que regía en Córdoba de que las mujeres casadas no tuvieran parte en los bienes gananciales adquiridos durante el matrimonio, y el mandar, en su consecuencia, que la ley general de la participación de las ganancias en los matrimonios sea extensiva a las mujeres cordobesas de todo aquel Reino, según y como se practica con las de Castilla y León. Esta ley se publicó en 28 de mayo de 1801: venía a demostrar lo mucho que ya habían perdido las buenas máximas de legislación desde que se dió la anterior, y en tan poco tiempo. Como era consiguiente, ofreció desde el momento graves dudas y dificultades acerca de su aplicación, que hicieron necesaria la resolución de 17 de diciembre de 1803, circulada en 14 de abril de 1804, declarando que la ley debía aplicarse, no sólo a los matrimonios contraídos desde 28 de mayo de 1801, sino también a todos los celebrados antes de aquel día y que subsistían en él, pero con exclusión de los que se hubiesen disuelto antes de aquella época. De la consideración de estas dos leyes se desprende lo que al principio de este capítulo hemos indicado acerca de los diferentes conceptos en que se ha admitido la mancomunidad de bienes en la sociedad conyugal, y que no podía menos de resultar de la diferencia que sobre la materia se observa en las dos fuentes originarias de nuestra legislación: el Fuero del Baylío viene a ser la exageración de la doctrina goda, en el Reino de Córdoba, hasta la ley de Carlos IV, y sin que pueda fijarse desde cuando regía la romana.

FIN DEL TOMO PRIMERO

ÍNDICE

Páginas.

GENERALIZACIÓN

TÍTULO ÚNICO

DE LA JUSTICIA Y DEL DERECHO

LIBRO PRIMERO

De las personas.

TÍTULO PRIMERO

DEL MATRIMONIO

Páginas.

TÍTULO II

DE LOS EFECTOS CIVILES DEL MATRIMONIO

Páginas.